Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death* (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences* (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies: A Framework for Decision Making* (October 1985)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case* (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice* (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (1979)
25. *Independent Administrative Agencies* (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law* (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1985)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)
41. *Arrest* (1985)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec H3B 2N2.

* Out of print. Available in many libraries.

BIGAMY

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1985
Catalogue No. J32-1/42-1985
ISBN 0-662-53856-0

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 42

BIGAMY

1985

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President*
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner*

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Substantive Criminal Law

François Handfield, B.A., LL.L.

Special Adviser

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Consultants

Pierre Robert, LL.L., LL.M.
Marie Tremblay, LL.B.

* Was not a member of the Commission when this document was approved.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: The Problem of Criminal Sanctions 3

I. The Institution of Marriage 3

II. The Characteristics of Marriage 4

A. The Essential Properties of Marriage 4

B. The Marriage Rites 6

III. Threats to Marriage 9

CHAPTER TWO: The Responses of Existing Law 13

I. Threats to the Principle of Monogamy 13

A. Bigamy 14

(1) Duplication of Marriages 14

(2) Former Marriage 16

(3) Proof of Marriage 19

(4) Situations Governed by Subparagraph 254(1)(*a*)(iii) 20

(5) The Extraterritoriality of Bigamy 20

B. Polygamy 22

II. Threats to the Solemnization of Marriage 24

A. Feigned Marriage 24

B. The Unlawful Solemnization of Marriage 25

CHAPTER THREE: Reform 27

I. The Need for Reform 27

II. Proposals for Reform 27

III. Proposed Legal Measures 30

To the memory of Jacques Fortin, who will always be a source of inspiration and encouragement in the effort to examine and reform our criminal law.

Introduction

In the *Criminal Code*, five generic offences against conjugal rights and the solemnization of marriage are classified as crimes against the person. They are: bigamy; polygamy; feigned marriage; pretending to solemnize a marriage; and solemnizing a marriage contrary to law.

The very existence of these offences in our criminal law cannot fail to raise many questions. The first which naturally come to mind concern their basis and the need to make them subject to criminal penalties. It is easy to see that these offences have their roots in the fundamental institutions of society: the family and marriage. The common and essential characteristic of the offences is that they threaten the institution of marriage. Of course, this fact cannot by itself justify criminal sanctions. It is thus necessary to consider the special nature of the problems associated with threats to this institution. To begin with, an analysis of marriage in Canadian society will make it possible to determine the nature of these threats and to assess their relative seriousness.

The problems having been indicated, the responses to them by existing law, civil and criminal, must be examined and evaluated. This leads to assessing the need for criminal sanctions, which must take into account not only the reprehensible nature and intrinsic seriousness of the prohibited behaviour, but also the quality and adequacy of non-criminal solutions. Further, examining the relevance of criminal sanctions in light of the civil rules of marriage is likely to disclose conflicts or ambiguities which may result in two concurrent types of solutions. This kind of situation, when it exists, may make the law uncertain in the eyes of the public, and demands reform.

CHAPTER ONE

The Problem of Criminal Sanctions

I. The Institution of Marriage

> In a well-ordered State, the principal laws will be those governing marriage. (Plato, *Laws*)

It would be impossible in this Paper to review all aspects of the importance of the family and marriage to society. The family remains the nucleus around which most societies are organized. In the Preamble to the *Canadian Bill of Rights*, for example, the Parliament of Canada expressly confirms the attachment of the nation to the position of the family in Canadian society.[1]

Social stability and cohesion require that the family unit be itself stable and cohesive. The stability and continued existence of the family are given concrete form by marriage. Accordingly, the pursuit of these fundamental qualities is the purpose of legislation on marriage, which clearly defines the effects of marriage and the causes and methods of dissolving it. Thus, legislation elevates marriage to the rank of a true institution. The fact that it is an institution also affects the formation of a marital union. Marriage is not an ordinary contract; the contractual obligation cannot be defined or limited by the spouses. In the solemnization of the marriage, the spouses agree that a new social and legal status will apply to them.

Consequently, a valid marriage must meet certain conditions of form and substance imposed by the law. The social importance of the institution of marriage thus explains the solemnity surrounding it and the attention paid to it by the law. We recognize, however, that there are some members of society who no longer attach such importance to this institution. Many prefer a union which does not meet the conditions of form and substance imposed by the law. Nevertheless, the criminal law must provide protection for those who accept the values of marriage.

---

1. *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III.

II. The Characteristics of Marriage

[TRANSLATION]
Society makes the weight of its restraint felt in matrimonial matters by the prohibitions and the rites which it imposes. (Jean Carbonnier, *Droit civil*, p. 331)

The institution of marriage has certain essential characteristics; the various attacks upon marriage, which may or may not be penalized by the law, are defined in relation to these characteristics.

In Canada, as in most Western countries, marriage has its origins in Roman law as developed by canon lawyers since the beginning of the Christian era.[2] This common origin is reflected in the identical nature of the essential properties of modern marriage in civil law systems and marriages with a common law tradition.[3]

The essential properties of marriage result directly from the very nature of the institution. To them may be added in modern law the characteristics associated with the form and solemnization of marriage.

A. The Essential Properties of Marriage

In its widest sense, which embraces the various Western legal traditions, marriage is defined as the voluntary union of a man and a woman to the exclusion of any other person during the continuance of that union.

This definition contains the fundamental characteristics of marriage in our Western societies: the difference in sex between the spouses; their consent to a lasting marital union; and its exclusivity. These same characteristics were also embodied in the concept of a "Christian marriage" developed by the English courts in the nineteenth century,[4] to differentiate it clearly from marital practices alien to European traditions.

---

2. J. Carbonnier, *Droit civil, Tome premier: Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, 3rd ed. (Paris: P.U.F., 1967), p. 331 ff. See also E. Roguin, *Traité de droit civil comparé: le mariage* (Paris: ed. Pichon, 1904); J. Pineau, *La famille* (Montréal: P.U.M., 1982), p. 3; J. T. Hammick, *The Marriage Law of England* (London: Shaw and Sons, 1873), p. 3.

3. See in general: H. R. Hahlo, *Nullity of Marriage in Canada: With a Sideways Glance at Concubinage and Its Legal Consequences* (Toronto: Butterworths, 1979); Roguin, *supra*, note 2.

4. See in particular: T. C. Hartley, "Polygamy and Social Policy" (1969), 32 *Modern L. Rev.* 155, p. 160; M. L. Marasinghe, "Polygamous Marriages and the Principle of Mutation in the Conflict of Laws" (1978), 24 *McGill L.J.* 395, especially pp. 395-402. The classic cases in English law are: *Warrender* v. *Warrender*, [1835] 2 Cl. & F. 488 — in particular the celebrated dictum of Lord Brougham, p. 532; *Hyde* v. *Hyde* (1866), L.R. 1, P. & D. 130 (decision of Lord Penzance); *In re Bethell* (1887), 38 Ch. D. 220.

The first two characteristics of marriage are relatively straightforward. A union of persons of the same sex is not a marriage; secondly, defects in consent between spouses may compromise the validity of a marital union.

However, the exclusive nature of marriage presents some difficulties. In moral and religious terms, first of all, this characteristic is given the status of a principle in modern canon law:[5]

> The essential properties of marriage are unity and indissolubility; in Christian marriages they acquire a distinctive firmness by reason of the sacrament. (Canon 1056)

In legal terms, this essential characteristic of marriage is the source of specific conjugal duties, including the obligation of fidelity between the spouses. Finally, the exclusivity of the conjugal union is the basis of the principle of monogamy.

The monogamous marriage is derived directly from the oldest Roman law, as reinforced by canonical theory. This Romano-Christian concept[6] is the historical substratum of the matrimonial systems of countries with a Christian tradition. As Jean Carbonnier writes, [TRANSLATION] "the institution of monogamous marriage is a capstone of European legal civilization."[7] This tradition is, therefore, the source of Canadian matrimonial law in the common law provinces and in Québec, where the legal system is based on civil law.[8]

Monogamous marriage is not simply the result of a legal tradition. It is also a fundamental aspect of society and civilization. Furthermore, the principle of monogamy is not an exclusively Romano-Christian concept. Monogamy and its corollary, the prohibition of polygamy, have existed in other civilizations. According to Tacitus, the Germanic tribes in antiquity generally accepted only monogamous marriage. Seeking to establish the antiquity of the institution, Blackstone explains that in ancient Scandinavian law, polygamy was a crime punishable by death. In the Age of Enlightenment, the uniformity of monogamous practice in Europe was explained by the climate of the Nordic countries and demographic conditions in Eastern nations.[9]

---

5. *Code of Canon Law*, promulgated on January 25, 1983 and effective on November 27, 1983.
6. Monogamous marriage does not belong to the Judaic tradition of the Bible. The polygamy of the Old Testament patriarchs was not adopted by the Church. However, it should be noted that even in the European Judaic tradition, biblical polygamy has given way to the monogamous principle. Hartley, *supra*, note 4, p. 155; Carbonnier, *supra*, note 2, pp. 339-40.
7. *Supra*, note 2, p. 331.
8. See in general: Hahlo, *supra*, note 3; Pineau, *supra*, note 2.
9. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1st ed. (Oxford: Clarendon Press, 1769), Book IV, pp. 163-4; Montesquieu, *L'esprit des lois*, Title XXIII: "Laws in Their Relation to the Number of Inhabitants."

These reasons may seem amusing today, but whatever the original causes of its practice, monogamy still corresponds to a pervasive sociological reality. The monogamous structure of the marital union, whether the formal institution of marriage or concubinage, is a fundamental part of the cultural mores and traditions of a Western society.

In Canada, aside from the moral value which it represents, monogamous marriage constitutes the very fibre of the social fabric. The 1981 census of the Canadian population indicates that the great majority practices monogamy:

- 11,949,165 persons stated they were married, separated or cohabiting;
- 500,135 persons stated they were divorced;
- 1,157,670 were widows or widowers of a former monogamous couple;
- 10,736,215 persons stated that they were single (this figure includes children).

Thus, the monogamous principle not only represents an essential characteristic of the institution of marriage; it also constitutes a basic part of Canadian society.

B. The Marriage Rites

Unlike its fundamental characteristics, the formal requirements of marriage have changed considerably over the centuries. In modern law, there are essentially two formal conditions: the necessity of a rite; and the publication of the marriage.[10]

Originally, canon law, following Roman law, regarded the act of marrying as a purely consensual agreement. This concept gave marriage a private nature which was reflected in the absence of any public rite. A simple exchange of vows between spouses sufficed to conclude a marriage. The possession of this status subsequently confirmed the married state of the spouses.[11] The Church undoubtedly did recommend that the union be blessed by a priest in a religious ceremony. This was the usual form of marriage. However, failure to follow this recommendation did not affect the validity of the marriage from either a legal or religious standpoint.[12]

---

10. Carbonnier, *supra*, note 2, p. 335 ff.; Hahlo, *supra*, note 3.

11. A complex system of establishing matrimonial status existed in the old law. See Roguin, *supra*, note 2, p. 96 ff.

12. In legal terms the continuance of the marital union took precedence over form; in religious terms the sacrament of marriage was regarded as administered by the spouses themselves, so much so that the absence of a religious celebrant was not a bar to the formation of an effective and valid marriage or even to receiving the sacrament. See Roguin, *supra*, note 2, p. 100.

This extreme simplicity in the formation of a marriage was, however, capable of producing difficulties in determining whether persons were married. To begin with, there was an inevitable confusion between consensual marriage, also referred to as irregular marriage, and concubinage. Unlike Roman law, the canon law made a clear distinction between the two, and tended to treat concubinage as marriage.[13] The same was true of a defective marriage, which would have been acceptable had it not been subject to some departure from the rules or rites prescribed by the Church. A clandestine marriage celebrated by a priest had the effect of a valid marriage.

All this confusion created by the state of matrimonial law was aggravated when the problem arose of the validity of a marriage or even of its existence. Needless to say, the question became a crucial one in cases of a second marital or concubinary union, in view of the principle of monogamy.

Historically, this confusion occurred at different periods with the re-emergence of obscure marital connections and cases of more or less legal bigamy.[14] The Council of Trent in 1563 resolved this confusion by imposing a public formality as an essential condition of the validity of marriage. Henceforth, only a regular marriage celebrated *in facie ecclesiae* would be recognized. The situation in England remained unchanged, however, because of the separation of the Anglican Church from Rome some thirty years before the Council. The principles of pre-Trent canon law thus remained those of British common law:

> As the result of these views there were three distinct modes of entering into matrimony under the ancient law of England: (1) By public celebration in facie ecclesiae; (2) By clandestine celebration covertly conducted by a clergyman ecclesiastically ordained; and (3) By the mere consent of the parties.[15]

This historical circumstance explains the survival of marriage by consent, also known as common law marriage, into modern times. At the present day, this form of union has a legal status in certain jurisdictions, especially in some of the American states.[16] However, English law was to encounter the same difficulties inherent in this matrimonial system. Various ecclesiastical legislative measures in the seventeenth century were powerless to limit irregularities in marriage and a shameless traffic in clandestine unions assumed disquieting proportions at the end of the century.[17]

---

13. Roguin, *supra*, note 2, p. 102.

14. It would be beyond the the scope of this text to review the various historical events punctuating the development of the marriage rites. A useful work of reference in this regard is Roguin, *supra*, note 2, p. 98 ff.; Hammick, *supra*, note 2, pp. 3-20.

15. Hammick, *supra*, note 2, p. 4.

16. See "Bigamy," 10 *Am. Jur.* 2d, 967, in particular pp. 974-5, 977 ff.

17. The year 1603 continues to be an important date in the evolution of regulation of marriage. It was in this first year of the reign of James I that the ecclesiastical Assizes of Canterbury were convened, and this assembly promulgated comprehensive canons regarding government of the Church of England, clergy and marriage. Many canons provided specific rules for the solemnization of marriage. Thus, canon 62 provided for a penalty of suspension *per triennium* for any celebrant performing a marriage without

> Notwithstanding the stringency of the ecclesiastical law on the subject of marriage, irregularities continued to exist, in part traceable to the old doctrine that a want of completeness in the manner of solemnization did not render the contract less binding. A shameless traffic in clandestine marriages commenced towards the close of the 17th century, and was continued in defiance of the law and heavy pecuniary penalties, to the great scandal of the Church, until put an end to by Lord Hardwicke's Act (26 Geo. II, chap. 33).[18]

In 1753, therefore, the English Parliament in its turn imposed the requirement of a public formality for the conclusion of a valid marriage. The statute on marriage entitled *An Act for the Better Preventing of Clandestine Marriages* (26 Geo. II, chap. 33), better known as *Lord Hardwicke's Act*, provided that marriages not concluded in accordance with religious and public formalities were void. This legislation also substantially reinforced the provisions of earlier ecclesiastical law regarding the duties of celebrants in the conclusion of marriage. This was the period when criminal legislation took over the function of religious legislation in punishing offences relating to the solemnization of marriage. Indeed, the situation had so far deteriorated in the early eighteenth century that some taverns were known as "marriage houses." Celebrants no longer even took the trouble to celebrate in accordance with the rites, and actually sold the parties a marriage certificate which conferred marital status on them.

Lord Hardwicke's Act further defined the crime of "clandestine marriage" by classifying it as a "felony" and making it subject to severe penalties. This offence was directed at marriage celebrated outside of a church or without authorization. It also included a rite in which formalities such as publication of the banns or the obtaining of a licence had not been complied with. Finally, the prohibition extended to the entire area of tampering with registers and other documents relating to marriage. The definition and punishment of offences against the proper celebration of marriage were clearly intended to deal with a real problem of delinquency, which was able to develop because of the inadequacies of a vague matrimonial law.

---

publishing the banns or without a licence. There were even provisions as to the times when marriages could be solemnized. These canons laid down the formal and substantive conditions of marriage which we are familiar with today. Though it was binding on the clergy, however, this ecclesiastical legislation did not have the force of law. Thus, in order to deal with non-compliance with these canons, a 1695 statute (6 & 7 Will. III, c. 6) gave them more general effect and a penal aspect. This legislation provided for fines in cases of marriages solemnized contrary to the rites. However, the profits which churchmen derived from the celebration of marriage, regular or irregular, made such measures pointless.

What was even more serious, however, was that the developments in regulating marriage resulted in the growth of clandestine marriages outside the churches:

> One effect of the measures taken for the prevention of secret matrimony in churches, was to extend this scandalous trade in other direction. A class of profligate and degraded clergymen confined in the Fleet Prison, or residing within its rules, undertook to marry couples in a private manner, and these men touted for clandestine marriages with unblushing effrontery. (Hammick)

Over the next hundred years, other legislation sought to reinforce compliance with the law (7 & 8 Will. III, c. 35, 10 Anne, c. 19 (s. CLXXVI)). However, it was not until a statute in 1753 that matrimonial legislation was finally introduced to correct the situation: Hammick, *supra*, note 2, p. 3 ff.; Blackstone, *supra*, note 9, p. 162 (on "clandestine marriages").

18. Hammick, *supra*, note 2, p. 9.

In short, the historical development of matrimonial law demonstrates that clarity in the marital status of individuals in society is necessary. The uncertainty as to the civil status of couples, resulting from an irregular or clandestine marriage, to some extent encouraged marital instability and matrimonial fraud.

By making the public formality of an official rite compulsory for the validity of a marriage, the law eliminated at one stroke these causes of uncertainty and all types of claims based on an obscure marital union.

At the present day, marriage requires the formality of an official and a public act, whether the marriage is civil or religious in nature. The other special formalities of the rite thus appear as technicalities added to these fundamental characteristics. To a degree, the clarity of contemporary matrimonial law makes the crucial problems of irregularity and clandestinity underlying the prohibitions concerned with the celebration of marriage things of the past.

III. Threats to Marriage

> We now think that an act should not be made a crime unless its commission involves harmful social consequences.[19]

The most serious threats to marriage are clearly those which affect the fundamental characteristics of the institution. However, not all justify the use of criminal sanctions for this reason alone. The threat must involve a degree of seriousness and social undesirability, making intervention by the criminal law both plausible and necessary.

The seriousness of deviant behaviour is seen in light of several factors which will ordinarily constitute the rational bases for making it a crime. A clutch of justifications have been suggested and debated to making threats to marriage criminal, without their providing any satisfactory answers.[20] Lord Devlin and Dean Rostow consider that the defence of public morality is essentially the basis for the prohibition and punishment of bigamy and polygamy.

There is no doubt that moral precepts underlie making certain threats to marriage criminal. However, as Hart and Packer have pointed out,[21] moral justifications are not

---

19. G. Williams, "Language and the Law" (1945), 61 *L.Q.R.* 71, p. 77.

20. The debate between Professor Hart and Lord Devlin as to the moral basis of the criminal law has been the occasion for a searching analysis and discussion of this entire question. See in particular the comments made by B. Mitchell in *Law, Morality and Religion in a Secular Society* (London: Oxford U. P., 1967), in particular pp. 18-35.

21. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (London: Oxford U. P., 1963); H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, California: Stanford U. P., 1968), in particular pp. 312-6; Mitchell, *supra*, note 20, pp. 23 and 28.

a complete explanation. In particular, the defence of public morality is hard to reconcile with the silence of the criminal law on certain immoral types of conduct connected with marriage.

The classic illustration of this weakness of the moral justification is adultery. Historically in the common law, adultery has never been regarded as a crime. Blackstone tells us that it was made a criminal offence by statute during a short period in the middle of the eighteenth century.[22] Its repeal was greeted as ending an "unfashionable rigour."[23]

There are, in addition, other threats to marriage which, despite their seriousness in moral terms, are nevertheless not offences. Thus, abandonment of a spouse, incestuous (consanguineous) marriage or homosexual relations are threats to matrimonial law which are penalized by civil laws on marriage and divorce. However, they are not crimes. In fact, the moral justification for penalizing threats to marriage is difficult and vague because it is subject to the constant fluctuations in public morality. Moral standards in marital and sexual matters have varied at different periods in different countries, or at least the threshold of tolerance has changed. A moral system may accept a compromise or, on the other hand, it may in other circumstances demonstrate extreme rigidity. Thus, although adultery is not a crime in the common law tradition, it has been made criminal in other countries, and even in some parts of Canada by pre-Confederation statutes.[24]

The same fluctuations characterize religious standards. The new Code of Canon Law of the Roman Catholic Church has substantially altered its criminal law. Since 1983, it no longer regards bigamy as an offence subject to punishment by ecclesiastical penalties.

Similarly, it is difficult in moral terms simply to condemn polygamy. Some schools of thought do not regard polygamy as contrary either to natural law or to historical divine law. Its prohibition is actually the result of the Gospel and ecclesiastical legislation.[25]

In reality, polygamy is a social institution in the same way as is a monogamous marriage. For demographic, economic, religious or cultural reasons, some societies have made polygamous marriage a part of their social structures. In Canada, and in the West in general, similar reasons have been responsible for an emphasis on monogamous marriage.

---

22. Blackstone, *supra*, note 9, p. 64.

23. *Ibid.*

24. A pre-Confederation statute of New Brunswick made adultery a criminal offence: R.S.N.B. 1854, c. 145, s. 3. This statute was repealed by the first legislation passed on criminal matters by the federal Parliament: 32 and 33 Vict., c. 36 (1869). See J. Fortin and L. Viau, *Traité de droit pénal général* (Montréal: Les Éditions Thémis, 1982), p. 1.

25. Roguin, *supra*, note 2; *supra*, note 6.

The prohibition of bigamy, like polygamy, and *a fortiori* making them criminal, is thus not simply a matter of moral choice. Certainly, one may agree with Lord Devlin that the institution of monogamous marriage is an expression of social morals, but making threats to the monogamous principle criminal is perhaps based more on the defence of a social institution than on a defence of public morality. From this point of view, the most serious and menacing threats are those which compromise the institution of marriage itself. This sociological aspect can be used to identify clearly a degree of seriousness going beyond simple threats to the fundamental characteristics of marriage.

This is why the prohibition of bigamy seems justified, since by assuming all the ritual and official characteristics of marriage, such conduct destroys the meaning of the institution itself. Aside from its duplicity, a bigamous marriage is a valid marriage in all respects: this is what makes it a real threat to the institution. In consultations, certain contributors suggested adopting a form of bigamy in which fraud would be the deciding factor. Although attractive, we do not regard this solution as acceptable, for the concept of fraud does not encompass all situations in which there may be a threat to marriage. We feel that the proposal adopted by the Commission already takes into account the situations in which there is a victim.

This is not true of other threats to marriage, which may be in conflict with the institution but are not a denial of it. Thus, adultery, concubinage and clandestine or irregular marriage do not undermine the institution of marriage as part of the social framework. On the contrary, such conduct is defined by reference to the institutional norm. Matrimonial law is able, without the help of criminal law, to encompass and control it.

The same is true of polygamy, which is a practice so foreign to our way of life that it does not directly threaten the institution of marriage. Devoid of any official character, polygamy may be regarded as a marginal practice in the same way as adultery and so, does not call for criminal penalties. This is the view, replete with moderation, expressed by Glanville Williams:

> If it is thought that the law should discountenance them, this may be done sufficiently by failure to provide for them in the civil law, rather than by attempting the sterner dissuasion of penal sanctions.[26]

The existing criminal offences of feigned marriage and marriage contrary to law undoubtedly correspond to departures from the formal requirements of marriage. However, they no longer have the moral and social seriousness which historically justified making them subject to criminal prohibitions. Clandestine marriage and irregular marriage today have no legal status which can compromise the institution of marriage. Modern matrimonial law provides a means for considering and dealing with the problems raised.

---

26. G. Williams, *Criminal Law*, 2nd ed. (London: Stevens, 1961), p. 750.

In addition to defending the social institution, protection of the spouses against fraud may be another justification for making certain threats to marriage criminal. Packer and Hughes consider that the essential utilitarian function of the crime of bigamy is to prevent the obtaining of sexual relations by fraud.[27] It is clear that feigned marriage or the second marriage constituting bigamy may, in some circumstances, induce a spouse in good faith to marry the "defrauder" as the result of a subterfuge involving deliberate use of the institution of marriage. However, the fraudulent nature of matrimonial offences is not their essential characteristic and does not cover all situations to which the offences apply.

In their present form, bigamy and feigned marriage may involve collusion by the spouses. The aspect of fraud is almost non-existent in other threats to marriage. In its most common form, polygamy assumes a marital union with willing participants.

The fraudulent use of the institution is still a factor to be considered in determining the seriousness of certain threats to marriage. However, it should be borne in mind that the fraudulent aspect of certain behaviour may already be implicitly covered by other offences or by other legislation. Finally, there is a very pragmatic justification for intervention by the criminal law in connection with the offence of celebration of marriage contrary to law.

The purpose of the criminal penalty is to ensure that laws regarding the celebration of marriage will be observed. This objective is certainly consistent with legislation of a regulatory nature, but could not justify maintaining a criminal penalty.

---

27. *Supra*, note 21. See also Mitchell, *supra*, note 20.

CHAPTER TWO

The Responses of Existing Law

As we know, acts prohibited by the criminal law do not include all threats to conjugal rights. Consideration of the state of the existing law will therefore be limited to threats subject to a criminal penalty. These may be divided into two categories: threats to the principle of monogamy, and threats to the celebration of marriage.

I. Threats to the Principle of Monogamy

> ... I am not unaware of the tremendous social importance of the marriage ceremony. It is this ceremony that, through the force of tradition, maintains the institution of monogamy and keeps families stable. Punishment is perhaps justifiable if it is necessary to preserve such an important institution; but we should first make quite sure that it is necessary, and that monogamy can be maintained in no other way. (Glanville Williams, "Language and the Law," p. 78)

Bigamy and polygamy are the principal threats to monogamous marriage. The two concepts coincide in many respects, and bigamy is often regarded as a special form of polygamy.

In its most general sense, polygamy consists in the maintaining of conjugal relations by more than two persons. When the result of such relations is to form a single matrimonial or family entity with the spouses, this is regarded as polygamous marriage. It is the institution accepted by Islamic law and ancient Chinese matrimonial law. Polygamy can also take the form of simultaneously maintaining several independent marital unions. The maintaining of more than one monogamous union by the same person corresponds to the popular notion of bigamy. Under modern conditions the practice of polygamy, like bigamy, requires no marriage formalities. A concubinary union of more than two persons constitutes polygamy. In legal terms, however, these concepts have a more specific meaning. In particular bigamy, which is defined in relation to the legal institution of marriage, is distinguished from polygamy by the requirement of formal marital ties.

While the prohibition of bigamy in matrimonial law goes back to the origins of canon law, it was made a crime much more recently. In England, the criminal prohibition of bigamy coincides with the efforts undertaken in the early seventeenth century

to regulate marriage. An Act of 1603 (1 Jac. I, chap. 11) classified it as a "felony." This new crime was made a capital offence. The existing offence takes its origin from this legislation.

A. Bigamy

(1) Duplication of Marriages

In its legal sense, bigamy is characterized essentially by the conclusion of a marriage when one of the spouses is already bound by the ties of a former marriage. It is the offence described in subparagraphs 254(1)(*a*)(i) and (ii) of the Canadian *Criminal Code*:

> Every one commits bigamy who
>
> (*a*) in Canada,
>
> (i) being married, goes through a form of marriage with another person,
>
> (ii) knowing that another person is married, goes through a form of marriage with that person ....

Bigamy is defined in terms of an offence of commission, which is in keeping with the logic of matrimonial law, since the second marriage is in any case subject to invalidity as a result of the bigamy. The expression "form of marriage" refers to the general way in which the marriage is contracted. It is thus a reference to the general conditions of contracting a marriage. The expression is defined in section 196 of the *Code*:

> ... "form of marriage" includes a ceremony of marriage that is recognized as valid
>
> (*a*) by the law of the place where it was celebrated, or
>
> (*b*) by the law of the place where an accused is tried, notwithstanding that it is not recognized as valid by the law of the place where it was celebrated; ....

This definition does not err on the side of clarity. In fact, it confuses more than it clarifies the "form of marriage" concerned in the offence of bigamy. The courts have clearly established that there must be a ceremony recognized by law as resulting in a valid marriage.[28] In Canada, there must be a solemnization authorized by laws in effect in one of the provinces. In matrimonial law, without our going into the very complex questions of conflict of laws, it may simply be said that a marriage celebrated in one province is generally recognized in another, when the formal requirements of the law of the province in which it was celebrated have been observed.[29]

---

28. *R.* v. *Howard*, [1966] 3 C.C.C. 91 (B.C. Co. Ct.). See A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (Toronto: Butterworths, 1978), pp. 483-7, especially p. 484; J. Lagarde, *Droit pénal canadien* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1974), p. 692 ff.

29. Pineau, *supra*, note 2, p. 49; J-G. Castel, "Recognition of Provincial Divorces in Canada" (1978), 24 *McGill L.J.* 646; Hahlo, *supra*, note 3.

From this point of view, paragraph 196(*b*) ("form of marriage") of the *Criminal Code* is in conflict with the existing matrimonial law. This provision has the effect of conferring validity on a ceremony which has none in civil law terms. When a ceremony performed in a particular jurisdiction is not valid under the matrimonial laws in that jurisdiction, there is no marriage. Legally, therefore, there can be no second marriage, and in those circumstances, the question of bigamy does not even arise.

However, the legality of the formal requirements of the ceremony does not extend to the technical or secondary details, such as the prior obtaining of the marriage licence and its submission to the celebrant.[30] In fact, the courts require observance of the essential conditions of form, namely, the celebration of a rite and that it be in public. This solution coincides perfectly with matrimonial law, since the mere absence of a specific formal requirement will not generally, of itself, result in the invalidation of the marriage. The lack of publication of the banns may make publicity of the marriage incomplete, without resulting in an absolute lack of publicity. In assessing the facts, the courts may conclude that a marriage was validly celebrated, although this particular aspect of it was lacking.[31]

These provisions of matrimonial law also make superfluous the prohibition of excuse stated in subsection 254(5):

> No act or omission on the part of an accused who is charged with bigamy invalidates a marriage or form of marriage that is otherwise valid.

The act or omission by an accused tending to invalidate a form of marriage may bear either on an essential aspect of form or on a detail. In the first case, the marriage was not validly celebrated. In the second, the act or omission does not affect the validity of the form of marriage. The exclusion contained in *Code* subsection 254(5) thus appears to be both unnecessary and unfair. It is the function of the court to assess, in light of the circumstances, whether or not there was a solemnization of marriage. The offence of bigamy is based on use of the rites of the institution. This essential component must be clearly established by proper evidence.

In short, bigamy is committed by use of the forms of a proper marriage. It is only in this way that it can be a real threat to the institution of marriage. In bigamy, the solemnization of marriage is itself the subject-matter of the offence. In principle, one need not consider the substantive requirements of a marriage in deciding whether the very form of the marriage was valid.

In social terms, the potential invalidity of the second marriage for some cause other than bigamy does not alter the fact that there was a double marriage. If the form of marriage is valid, it does not matter whether the spouses lack the capacity to contract

---

30. *R.* v. *Howard*, *supra*, note 28.

31. On the causes of nullity of marriage related to its solemnization, see Pineau, *supra*, note 2, p. 63 ff.; Hahlo, *supra*, note 3.

a marriage; there was a threat to the institution as a result of the bigamy. Indeed, in such a situation the lack of capacity, resulting from age or a family relationship, for example, is a cause of invalidity of the marriage in addition to the existence of an earlier marriage. Nevertheless, the legislator has seen fit to provide specifically, in subsection 254(3), for the exclusion of a defence based on invalidity of the second marriage:

> Where a person is alleged to have committed bigamy, it is not a defence that the parties would, if unmarried, have been incompetent to contract marriage under the law of the place where the offence is alleged to have been committed.

Where the second marriage is solemnized in Canada, this provision seems to be superfluous, since the mere fact of going through a form of marriage suffices for the commission of bigamy. The implications of this provision for a second marriage performed abroad are discussed below in this Paper, in connection with the extraterritoriality of the offence.

(2) Former Marriage

Bigamy, of course, assumes the existence of a former marriage. Unlike the expression "form of marriage," this first marriage is not defined in the *Code*. However, it is consistent with the logic of the criminal sanction that this first marriage must be one recognized as valid by law and must not have been dissolved by the death of a spouse or by divorce. In matrimonial law, the validity of the marriage is presumed. The *Criminal Code* adopts this presumption in subsection 254(4):

> Every marriage or form of marriage shall, for the purpose of this section, be deemed to be valid unless the accused establishes that it was invalid.

This presumption that the first marriage is valid was not introduced into the statute until the codification of 1953-1954. The origins of its adoption lay in an excessive interpretation by the courts of the burden of proof on the prosecution.[32] In fact, the validity of the marriage should be presumed without even being stated.

What is important for the purposes of a criminal sanction is that the first marriage was a proper marital union recognized by Canadian matrimonial law. Thus, whether this union was celebrated in Canada or abroad, it will be regarded as valid if it is in accordance with the substantive requirements and minimal formal requirements of the institution.[33] In this context, it should of course be possible to establish that the first marriage is void in order to deny its existence. This solution is not only consistent with the spirit of criminal sanctions but also with that of matrimonial law.

---

32. *R.* v. *Haugen*, [1923] 2 W.W.R. 709, 17 Sask. L.R. 57, 41 C.C.C. 132 (Sask. C.A.); *R.* v. *Tucker* (1953), 16 C.R. 156, 8 W.W.R. 184, 105 C.C.C. 299 (B.C. C.A.); Lagarde, *supra*, note 28, p. 698 ff.

33. Pineau, *supra*, note 2, p. 49; *R.* v. *Bleiler* (1912), 4 Alta. L.R. 320, 2 W.W.R. 5, 19 C.C.C. 249, 1 D.L.R. 878 (Alta. C.A.); *R.* v. *Naguib*, [1917] 1 K.B. 359 (U.K.); *R.* v. *Moscovitch* (1927), 20 Cr.

At common law, a marriage which, as a result of the absence of an essential condition, is void, as opposed to a voidable marriage, may be regarded by the spouses as non-existent.[34] From a practical standpoint, this means that it is not necessary to obtain a ruling by the court that a marriage is invalid. In civil law, on the other hand, the solution is different, since intervention by the court is required in every case. In theory, nevertheless, a marriage which is regarded as void is considered to have never existed. Thus, when bigamy is cited in civil law, the court must first decide on the question of the validity of the first marriage if there is no judgment of nullity.[35]

Understandably, the burden of establishing the invalidity of a marriage which is not dissolved by official means rests with the accused. On the other hand, the non-existence of a marriage resulting from the death of a spouse, a divorce decree or a judicial judgment of nullity constitutes a complete answer to a charge of bigamy. In fact, in such situations the prosecution is unable to establish the existence of the first marriage. The clarifications provided by paragraphs 254(2)(*a*), (*c*) and (*d*) are utterly useless in this regard:

> No person commits bigamy by going through a form of marriage if
>
> (*a*) that person in good faith and on reasonable grounds believes that his spouse is dead,
>
> ...
>
> (*c*) that person has been divorced from the bond of the first marriage, or
>
> (*d*) the former marriage has been declared void by a court of competent jurisdiction.

In the absence of formal proof of the death of the first spouse, belief in such death, even if erroneous, may constitute a valid defence of mistake of fact which will be assessed by the courts in light of the general rules on that defence. The proposals of the Law Reform Commission, in Working Paper 29 on the General Part of the *Criminal Code*, offer an adequate solution which makes the provisions of section 254 superfluous.[36] Similarly, mistake of law equivalent to a mistake of fact is now accepted by the courts.[37] Thus, a person charged with bigamy who erroneously believes, on

---

App. R. 121 (U.K.); *R.* v. *Foster*, [1935] 8 M.P.R. 10, 62 C.C.C. 263, [1935] 1 D.L.R. 252 (N.B C.A.); *R.* v. *Griffin* (1879), 14 Cox C.C. 308; *R.* v. *Debard* (1918), 44 O.L.R. 427, 31 C.C.C. 122 (Ont. C.A.). These cases are concerned primarily with proof of a foreign marriage, but by implication confirm the conditions for recognition of such marriages in Canada.

34. Hahlo, *supra*, note 3, p. 4.

35. Pineau, *supra*, note 2, pp. 57-9 and 62-3, and the scholarly commentary cited and discussed therein.

36. Law Reform Commission of Canada, *The General Part - Liability and Defences*, [Working Paper 29] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982), p. 88 ff., especially pp. 89 and 94.

37. *R.* v. *Prue and Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547, 46 C.C.C. (2d) 257, 8 C.R. (3d) 68; *Pappajohn* v. *The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, [1980] 4 W.W.R. 387, 14 C.R. (3d) 243, 52 C.C.C. (2d) 481, 111 D.L.R.(3d) 1.

reasonable grounds, that the first marriage was dissolved by a divorce decree or a judgment of nullity, may validly put forward that defence in the present state of the law.[38]

It is therefore useless, in defining the offence, to define grounds of defence which in fact fall under the General Part of the *Criminal Code*. Moreover, the Commission's proposals cover this matter completely.

The case of non-existence of the first marriage based on absence of the spouse, covered by paragraph 254(2)(*b*), constitutes a special situation which requires some clarification. In matrimonial law, the spouse of someone who has disappeared cannot remarry unless he or she provides certain proof that the absent spouse has died. If circumstances warrant, a declaratory judgment of death may constitute such proof. Such judgment thus makes a second marriage possible. However, both at civil and common law, the reappearance of the absent spouse results in voiding the second marriage, which had been legally entered into, and in re-establishing the first. At common law, the continued absence of someone for seven consecutive years creates a presumption of death. However, he or she must have been absent in the legal sense, that is, someone about whom there has been no news and who is not known to be living or dead. The defence proposed by paragraph 254(2)(*b*) of the *Code* is based on this presumption:

> No person commits bigamy by going through a form of marriage if
> ...
> (*b*) the spouse of that person has been continuously absent from him for seven years immediately preceding the time when he goes through the form of marriage, unless he knew that his spouse was alive at any time during those seven years, ...

An accused who has deliberately avoided investigating whether his spouse is alive may be regarded, however, as being in bad faith and may not be able to benefit from this presumption.[39]

The particular defence provided in paragraph 254(2)(*b*) no longer has any place in the present *Code*. To begin with, this provision does not correspond to existing matrimonial law; thus, it seems superfluous in view of the present provisions concerning mistake of fact and mistake of law.

Absence as such does not dissolve a marriage. Essentially it is the death of the spouse, established or presumed, which may be a cause of dissolution. A person whose absent spouse reappears after he has obtained a declaratory judgment of death and remarried may certainly put forward a general defence of mistake of fact. It should also be noted that divorce dissolves a marriage.[40]

---

38. Law Reform Commission of Canada, *supra*, note 36, pp. 89 and 155, endnote 93; *R.* v. *Gould*, [1968] 2 Q.B. 65, 52 Cr. App. R. 152 (C.C.A.); *R.* v. *Woolridge* (1979), 49 C.C.C. (2d) 300 (Sask. Prov. Ct.); *R.* v. *Haugen*, *supra*, note 32 (belief in nullity of marriage); Mewett and Manning, *supra*, note 28, p. 486; comment on section 254 in *Martin's Annual Criminal Code 1983* (Toronto: Canada Law Book, 1983), p. 287.

39. Law Reform Commission of Canada, *supra*, note 36, pp. 84-5.

40. *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 4(1)(*c*).

In matrimonial law, remarriage is only possible in accordance with the conditions and formalities prescribed by provincial legislation.[41] Proof that these conditions have been observed and these formalities complied with constitutes a circumstance which the court may weigh in determining the sincerity of an accused's erroneous belief that his first marriage had been dissolved by the presumed or declared death of the absent spouse. It is neither necessary nor desirable for the criminal law to part company with matrimonial law in this respect.

Further, if the belief of an accused is based on an erroneous but sincere interpretation of the legal effects of the absence itself, current law does not preclude the accused from avoiding liability. Mistake as to a rule of civil law constitutes a defence when the knowledge of that rule is an essential ingredient in the *mens rea* necessary for the offence charged.[42] A person charged with bigamy who is unable to determine whether his absent spouse is alive but sincerely believes that such absence of itself dissolves the ties of his first marriage, makes an erroneous judgment which bears on an essential ingredient of the *mens rea* of bigamy. If all the conditions of its application are observed, the defence of mistake of law is still available to such an accused. The Law Reform Commission has proposed in Working Paper 29 (draft section 10) a codification of this judicial solution which makes the provisions covering the specific case of paragraph 254(2)(*b*) superfluous.

(3) Proof of Marriage

The part of the *Criminal Code* dealing with evidence should be deleted from the provisions dealing with the offences. The Commission has already suggested that these provisions be combined and incorporated into a code of evidence or the Special Part of the *Criminal Code*.

Section 255 illustrates the lack of coherence in the *Code* when it covers in the same provision the criminal definition of bigamy (subsection 255(1)) and a method of proof of marriage and the form of marriage (subsection 255(2)). The validity of subsection 255(2) is not in question: however, this provision has no place in a definition of the offence.

---

41. It may be noted that provincial statutes on the marriage ceremony provide nearly all the special formalities in cases of absence to enable the abandoned spouse to remarry legally: Prince Edward Island: *Marriage Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. M-5, s. 21; Québec: *Civil Code of Lower Canada*, ss. 70-73, 93, 94 and 108; Ontario: *Marriage Act*, R.S.O. 1980, c. 256, s. 9; Manitoba: *Marriage Act*, C.P.L.M., c. M50 (S.M. 1982-83-84, c. 57), s. 23; Saskatchewan: *The Marriage Act*, R.S.S. 1978, c. M-4, ss. 14(3), 29(3) and 36; Alberta: *Marriage Act*, R.S.A. 1980, c. M-6, s. 20(1) and (2); British Columbia: *Marriage Act*, R.S.B.C. 1979, c. 251, s. 40; Yukon: *Marriage Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. M-3, s. 42; Northwest Territories: *Marriage Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. M-5, s. 42. However, the provinces of Newfoundland, Nova Scotia and New Brunswick do not seem to have similar provisions in their legislation.

42. Law Reform Commission of Canada, *supra*, note 36, p. 90, and more generally pp. 88-96. See also *supra*, note 38.

(4) Situations Governed by Subparagraph 254(1)(*a*)(iii)

The *Criminal Code* provides for a third method of committing bigamy. Subparagraph 254(1)(*a*)(iii) states that:

> Every one commits bigamy who
>
> (*a*) in Canada,
>
> ...
>
> (iii) on the same day or simultaneously, goes through a form of marriage with more than one person; ....

In actual fact, this provision covers two distinct situations. To begin with, if an individual goes through a form of marriage with more than one person on the same day, there is a good chance that he is, in fact, going through two forms of marriage. In that case, the first marriage is legally valid and the second form of marriage constitutes the bigamy. This situation is already covered by subparagraph 254(1)(*a*). The other situation described in this section corresponds to an individual who goes through a single form of marriage simultaneously with more than one person. Such a situation is legally impossible in terms of Canadian matrimonial law. There is no "form of marriage recognized as valid in Canada" for a union of more than two persons.

This section in fact applies to polygamous marriage. By a species of legal acrobatics, it might still be argued that this criminal sanction is directed essentially at polygamists who, in their union, use the external forms of the marriage ceremony: without the knowledge of the celebrant; or, with his collusion. In the first case, however, it must be assumed that both ostensibly and officially only a single monogamous marriage was solemnized. In the second case, the marriage can have no official status and at best is a sham ceremony.

In reality, subparagraph 254(1)(*a*)(iii) is only meaningful if the offence of bigamy is given extraterritorial effect. The effect of the provision would then be to prohibit a Canadian from entering into a polygamous marriage in a foreign jurisdiction in which such a marriage ceremony was recognized as valid. The relevance of such a prohibition is discussed below in connection with polygamy.

(5) The Extraterritoriality of Bigamy

The bigamy described in subparagraphs 254(1)(*a*)(i) and (ii) consists in the act of going through a form of marriage. This may take place either in Canada or abroad, as a result of paragraph 254(1)(*b*):

> Every one commits bigamy who
>
> ...
>
> (*b*) being a Canadian citizen resident in Canada leaves Canada with intent to do anything mentioned in subparagraphs (*a*)(i) to (iii) and, pursuant thereto, does outside Canada anything mentioned in those subparagraphs in circumstances mentioned therein.

A marriage performed abroad may produce legal effects in Canada on certain conditions and generally confers a valid marital status on the spouses. This fact and the very nature of the marital status in society justifies the extraterritoriality of the offence of bigamy.

At civil law, the second marriage performed abroad without prior dissolution of a former valid marriage will not be recognized as valid in Canada, even if in the state where it is performed a plurality of marriages is recognized. In moral terms, the second marriage ceremony performed abroad constitutes a threat in the same way as a second ceremony performed in Canada. In the cases of bigamy covered by subparagraphs (i) and (ii), the offence will be committed by a person's going through the form of marriage abroad. For there really to be a threat to the institution, the requirement that this ceremony be one recognized in the law of the place where it is performed is understandable. The definition of "form of marriage" in paragraph (*b*) of the present section 196 goes beyond this and by implication confers extraordinary scope on an invalid ceremony performed abroad. We feel that this situation is unjustified in light of matrimonial law and the bases of the criminal sanction.

Certain problems cannot fail to arise when the formal conditions of the *lex loci celebrationis* are totally alien to the minimal formal requirements under Canadian law, in particular the celebration of a rite and that the marriage be celebrated in public. The defects of the present law in this regard should be corrected. The form of marriage, in Canada or abroad, should correspond at least to the formal requirements which are capable of producing legal effects.

Paragraph 254(1)(*b*) specifies that only a Canadian citizen resident in Canada can commit bigamy abroad. This clarification of the subject of law for an extraterritorial offence is important. However, a permanent resident in good standing in Canada is excluded from the scope of the law. This situation is undoubtedly an oversight, for a permanent resident awaiting Canadian citizenship is, in theory, a subject of all the laws of the country. Moreover, the granting of such citizenship is subject to the adoption and observance of Canadian institutions. This provision should therefore be adjusted accordingly.

Bigamy committed abroad entails a further ingredient which is a fundamental characteristic of the offence. The *Code* requires that before bigamy can be committed abroad, the offender must have already had the specific intent of committing the offence when he left Canada. This requirement is exorbitant since, aside from the difficulty of proof, it assumes a continuing design which does not necessarily coincide with the psychological circumstances in which bigamy is committed. The reasons which prompted the formulation of this requirement are difficult to comprehend. In the case covered by subparagraph 254(1)(*a*)(i), a person married in Canada already has clear matrimonial obligations which bar him from remarrying abroad. The requirement of a specific intent on his departure from Canada for all practical purposes confers on him an impunity which reduces the meaning of paragraph 254(1)(*b*) to absurdity.

For the situations described in subparagraphs (ii) and (iii) of paragraph 254(1)(*a*) of the *Code*, the requirement of a specific intent has the effect of also limiting the prosecution of bigamy. Unlike subparagraph (i), the situations covered by these two subparagraphs actually concern a person who is not already married in Canada. The result is that the requirement of a specific intent in practice reduces the prohibition of bigamy solely to cases in which a single person leaves the country with the specific intent of contracting a polygamous marriage or marrying a person abroad who is already married. The case-law contains no example of this kind. It is true that in these cases, there is in practice no threat or affront to a marital union contracted in Canada, and the institution threatened, if any, is that in the foreign country.

The extraterritorial scope of the offence of bigamy is, in short, extremely limited. Except in cases where a first marriage exists in Canada, the situation covered by subparagraph 254(1)(*a*)(i), one looks in vain for the need or even the value of the extraterritorial scope of paragraph 254(1)(*b*).[43]

B. Polygamy

Unlike bigamy, the offence of polygamy in section 257 of the *Criminal Code* was introduced into our law much more recently. In fact, it was thought necessary by the legislator to prohibit this particular practice at the time of the codification at the end of the last century. There is no question that at this time Canadian legislation fell under the influence of American law, which was trying by means of the criminal law to stamp out a resurgence of the practice of polygamy among members of the Mormon community, especially in the state of Utah.[44]

As polygamous marriage corresponds to no institution in our law, the legislator was obliged to define polygamy in laborious language which is a monument of legal ponderousness:

---

43. The legislative jurisdiction of the federal Parliament in light of paragraph 254(1)(*b*) was challenged on more than one occasion, at the end of the nineteenth century and in the early twentieth century.
The *Statute of Westminster, 1931* finally resolved the question by expressly providing a full power for the Parliament of the Dominion "to make laws having extra-territorial operation." The federal *Interpretation Act* reaffirms this jurisdiction in subsection 8(3).
In this regard, paragraph 254(1)(*b*) has been declared *intra vires* the federal Parliament in practically all cases considered by the courts and in scholarly commentary.
Section 91 of the *Constitution Act, 1871* is the most often cited source. The preamble to this section gives the federal Parliament the power "to make laws for the peace, order and good government of Canada." Many judges and writers have seen a justification in these words for paragraph 254(1)(*b*). See in this regard: *R.* v. *Brinkley* (1907), 14 O.L.R. 404, 12 C.C.C. 454 (Ont. C.A.); *Croft* v. *Dunphy* (1932), 59 C.C.C. 141, [1933] A.C. 156, 1 D.L.R. 225; P. C. Doherty, "Extra-territorial Bigamy" (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 251, pp. 254-5.

44. American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* (Philadelphia: American Law Institute, 1980), Part II, ss. 220.1 to 230.5 (1980), p. 368 ff.; see also, *supra*, note 16. From time to time the Canadian courts have stated that the purpose and the reason for the section prohibiting polygamy was to stamp out Mormonism: *R.* v. *Liston* (1893), 34 C.L.J. 546n (Ont.); *Dionne* v. *Pépin* (1934), 72 C.S. 393; 40 R. de Jur. 443 (Qué. C.S.).

257.(1) Every one who

(*a*) practices or enters into or in any manner agrees or consents to practice or enter into

(i) any form of polygamy, or
(ii) any kind of conjugal union with more than one person at the same time,

whether or not it is by law recognized as a binding form of marriage; or

(*b*) celebrates, assists or is a party to a rite, ceremony, contract or consent that purports to sanction a relationship mentioned in subparagraph (*a*)(i) or (ii),

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

(2) Where an accused is charged with an offence under this section, no averment or proof of the method by which the alleged relationship was entered into, agreed to or consented to is necessary in the indictment or upon the trial of the accused, nor is it necessary upon the trial to prove that the persons who are alleged to have entered into the relationship had or intended to have sexual intercourse.

Despite the generality of the language used, the courts have concluded that this provision does not apply to adultery, even when those committing it are cohabiting.[45] In fact, there have been very few convictions for polygamy in Canadian history. The classic case was of an Indian who, although only following the customs of his tribe, was nonetheless punished for having two wives.[46]

Polygamy is a marginal practice which corresponds to no meaningful legal or sociological reality in Canada. Polygamy may in fact be practiced by a number of Canadians. The hippie communes in the sixties sometimes favoured a free union with several partners. All this still remains marginal and does not affect either the Canadian social fabric or the institution of marriage.

Moreover, polygamous marriages contracted abroad in theory have no validity in matrimonial law. Nevertheless, the courts have, from time to time, had to recognize their existence or ascribe certain effects to them for various reasons.[47] Accordingly, our civil institutions appear to be quite sufficient to foresee and control the phenomenon of polygamy. Like adultery or concubinage, such behaviour, which does not compete in Canada with the institution of monogamous marriage, should be ignored by the criminal law.

---

45. *R.* v. *Tolhurst and Wright*, [1937] O.R. 570, 3 D.L.R. 808, 68 C.C.C. 319 (Ont. C.A.).

46. *R.* v. *Bear's Shin Bone* (1899), 4 Terr. L.R. 173, 3 C.C.C. 239 (N.W.T. S.C.); the only other reported case also concerned an Indian, *R.* v. *Harris* (1906), 11 C.C.C. 254 (Qué. S.C.).

47. See in general on these points Hartley, *supra*, note 4; Marasinghe, *supra*, note 4; C. A. Weston, "Polygamous and Monogamous Marriages — Bigamy" (1965), 28 *Modern L. Rev.* 484; K. L. Koh, "*Attorney-General of Ceylon* v. *Reid* — The Malayan Experience" (1966), 29 *Modern L. Rev.* 88; S. W. Bartholomew, "The Origin and Development of the Law of Bigamy" (1958), 74 *L. Q. R.* 259; "Polygamous Marriages and English Criminal Law" (1954), 17 *Modern L. Rev.* 344; "Recognition of Polygamous Marriages in Canada" (1961), 10 *Int'l and Comp. L.Q.* 305.

II. Threats to the Solemnization of Marriage

Threats to the solemnization of marriage relate essentially to the formal requirements of the institution.

A. Feigned Marriage

Subsection 256(1) of the *Code* imposes criminal sanctions on feigned marriage, although it does not explain the meaning of the term:

> Every person who procures or knowingly aids in procuring a feigned marriage between himself and another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

Subsection 256(2) requires corroboration of a single witness in the proof of a feigned marriage. The fact that there is no jurisprudence or doctrine concerning this offence is significant. It has in fact become completely obsolete, and no longer corresponds to any behaviour which can be clearly stigmatized. Feigned marriage is a simulated marriage. On this basis, the offence may be compared to a fraud on the use of the marriage rites. It may also be a fraud on the other spouse, who is thus induced to enter into a common law union when he believed he was getting married.

In our consultation, some questioned the link that may exist between a feigned marriage and the practice, by certain individuals of foreign nationality, of marrying a Canadian specifically for the purpose of being able to settle in Canada, with no intention of living with the new spouse. This may undoubtedly be a "feigned" form of marriage. However, the courts and writers on matrimonial law seem to be divided as to the validity to be assigned to such marriages. Recent decisions have upheld the marriage tie, even when serious consent is lacking.[48] It should be added that the *Immigration Regulations, 1978* were amended in 1984,[49] to:

> provide that a spouse who has entered into marriage primarily as a means of gaining admission to Canada as a member of the family class is not eligible for sponsorship and a fiancée who has become engaged primarily for the same purpose may not be issued an immigrant visa.[50]

---

48. J. Pineau, *supra*, note 2, p. 27.

49. *Immigration Regulations, 1978* — Amendment, *Canada Gazette, Part II*, Vol. 118, No. 4 (February 22, 1984), p. 825.

50. *Id.*, explanatory note, p. 826.
See also the amending regulation which reads as follows:
1. (1) All that portion of subsection 4(1) of the *Immigration Regulations, 1978* preceding paragraph (*a*) thereof is revoked and the following substituted therefor:

In general, the laws on marriage are sufficiently precise to prevent frauds and counterfeits in the formalities of the marriage ceremony.[51] Thus, most legislation provides that the celebrant should verify the identity of the intended spouses. There are even provisions prohibiting false declarations, tampering with registers and the marriage licence and unauthorized use of such a licence.

Marriage in a simulated form has no legal significance in matrimonial law; assuming that someone is duped into a feigned marriage, civil remedies provide an adequate means of repairing the injury which may thus have been caused.

B. The Unlawful Solemnization of Marriage

Under this generic heading, the *Criminal Code* describes two types of offence: pretending to solemnize a marriage; and solemnizing a marriage contrary to law. Pretending to solemnize a marriage as defined by section 258 is not a marriage. Essentially, it is the case where a celebrant has no authority to celebrate a marriage of any kind:

> Every one who
>
> (*a*) solemnizes or pretends to solemnize a marriage without lawful authority, the proof of which lies upon him, or
>
> (*b*) procures a person to solemnize a marriage knowing that he is not lawfully authorized to solemnize the marriage,
>
> is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

"4.(1) Subject to subsections (2) and (3), every Canadian citizen and every permanent resident may, if he is residing in Canada and is at least eighteen years of age, sponsor an application for landing made"

(2) Section 4 of the said Regulations is further amended by adding thereto the following subsection:

"(3) Paragraph (1)(*a*) does not apply to a spouse who entered into the marriage primarily for the purpose of gaining admission to Canada as a member of the family class and not with the intention of residing permanently with the other spouse."

2. Paragraph 6(1)(*d*) of the said Regulations is revoked and the following substituted therefor:

"(*d*) in the case of a fiancée,

(i) the sponsor and the fiancée intend to reside together permanently after being married and have not become engaged primarily for the purpose of the fiancée gaining admission to Canada as a member of the family class,

(ii) there are no legal impediments to the proposed marriage of the sponsor and the fiancée under the laws of the province in which they intend to reside, and

(iii) the sponsor and the fiancée have agreed to marry each other within ninety days after the admission of the fiancée."

Section 6 of the Regulations concerns applications for an immigrant visa.

51. See *supra*, note 45. All provincial statutes are of course not uniform, and although some provinces specify in detail the technical requirements surrounding the solemnization of marriage, others are practically silent on the question.

The solemnizing of a marriage contrary to law under section 259, on the other hand, applies to a celebrant who is authorized by law to solemnize a marriage but who acts, as it were, without jurisdiction:

> Every one who, being lawfully authorized to solemnize marriage, knowingly and wilfully solemnizes a marriage in violation of the laws of the province in which the marriage is solemnized is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

The authority of an individual to solemnize a marriage and the conditions on which that solemnization may take place are defined by provincial legislation. In constitutional terms, the provinces have exclusive legislative jurisdiction over the solemnization of marriage. In practice, therefore, the ways in which the offences described in sections 258 and 259 of the *Criminal Code* can be committed may only be defined in terms of the relevant provincial legislation.[52] This reference to provincial law may make the scope of the criminal penalty uncertain, especially in the implementation of section 259. In *Boggs*,[53] the Supreme Court found to be *ultra vires* a criminal offence which can no longer constitute a clearly identifiable objective for the prohibition of a public harm, provincial legislation providing sufficient sanctions. There is certainly room for doubt as to the harm which section 259 of the *Code* seeks to prevent.

The threats at which solemnization of marriage offences are aimed no longer justify intervention by the criminal law. To begin with, the problems of clandestine and irregular marriage which led to their adoption are now a thing of the past; but most importantly, modern matrimonial law provides a complete answer to the problems raised by the prohibited conduct.

Marriage without authority, like feigned marriage, is merely a pretence that can no longer reflect on the institution. Penalties exist in other, more adequate, specific legislation for the counterfeiting or alteration of the documents which may accompany these acts.

A marriage contrary to law is concerned essentially with the laws on marriage. These contain a complete system regulating the rites and formalities of the ceremony. Breaches of these legislative requirements may be effectively penalized by various measures which range from nullity of the marriage to disciplinary penalties applicable to the celebrant.

Threats to the marriage ceremony are more a matter for regulation than prohibition. The provisions of provincial legislation deal quite adequately with the matter and thereby remove the basis for involvement of the criminal law.

---

52. On the constitutional jurisdiction of the provinces over the solemnization of marriage, see F. Chevrette and H. Marx, *Droit constitutionnel* (Montréal: P.U.M., 1982), pp. 656-61; L. Katz, "The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage" (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 384; F. J. E. Jordan, "The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution" (1968), 14 *McGill L. J.* 209.

53. *Boggs* v. *The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 7, 19 C.R. (3d) 245, [1981] 1 S.C.R. 49, 120 D.L.R. (3d) 718, 34 N.R. 520, 8 M.V.R. 247.

CHAPTER THREE

Reform

I. The Need for Reform

The *Criminal Code* legislation respecting marriage and its solemnization closely parallels the development of matrimonial law over the centuries. The various offences were introduced at a time when prohibition may well have been the only effective response to certain types of behaviour that were threatening the institution of marriage and the fundamental structures of society itself.

Societies have evolved, however, and matrimonial law has become more precise. Often the loopholes that were allowing reprehensible conduct to develop have been closed. With improved communications and increased exchanges, ideas and values have also evolved. Modern judgments respecting adultery, concubinage and polygamy are certainly no longer what they were in the Victorian era. Thus, perhaps more than for any other offence, there seems to be a pressing need for reform and modernization of the *Code* as regards matrimonial offences.

II. Proposals for Reform

Bigamy is the only marital offence that still justifies a criminal law sanction, in our view. Although not uniform, the provincial statutes on the marriage ceremony contain provisions the purpose of which is similar to that of section 254 of the *Criminal Code*. However, Québec alone makes an express prohibition against contracting a second marriage before the first is dissolved.[54] The common law provinces and the territories confine themselves to formal requirements. Thus, they list the statements and documents which must be produced in connection with a marriage ceremony, especially in cases of a prior divorce, the dissolution of the former marriage and the death or absence of a spouse.[55]

---

54. Civil Code of Lower Canada, Art. 118 and *Civil Code of Québec*, Art. 404 (not in effect).

55. Newfoundland: *The Solemnization of Marriage Act*, S.N. 1974, No. 81, ss. 15(1) and 22; Prince Edward Island: *Marriage Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. M-5, ss. 16 and 21; Nova Scotia: *Solemnization of Marriage Act*, C.S.N.S., c. S-25, s. 14; New Brunswick: *Marriage Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-3, para. 16(1)(*b*) and (*e*); Ontario: *Marriage Act*, R.S.O. 1980, c. 256, ss. 1(2), 8 and 9; Manitoba: *Marriage Act*, C.P.L.M.,

Despite the existence of provincial legislation, we feel it is necessary to include a section on bigamy in the *Criminal Code*, first, because of the nature of this offence, and secondly, to ensure uniformity throughout Canada.

The intrinsic gravity of the offence, which presupposes the solemnization of a valid marriage, and the reprehensible nature of this conduct as regards both society and the victim-spouse are reasons for retaining this crime in Canadian legislation.

However, these justifications are fully applicable only to bigamy involving the formalities required for a valid marriage. Consequently, the offence of bigamy should be limited to those situations described in subparagraphs 254(1)(*a*)(i) and (ii) of the present *Code*. The union referred to in subparagraph (iii) of the existing offence does not constitute a valid solemnization of marriage and acquires no legal validity. Moreover, the forms of bigamy provided for in subparagraphs (i) and (ii) can clearly be committed on the same day, and there is thus no need for such a qualification.

A former marriage is not defined in the present *Code*. Unfortunately, the case-law does not answer all the questions raised by the concept of a previous marriage. At first sight it would seem appropriate to require that the first marriage be a marriage recognized as valid in Canada. This is the approach adopted by matrimonial law. However, this clearly means that a marriage which is valid abroad but is regarded as invalid in Canada does not constitute a first marriage for purposes of bigamy. In terms of criminal policy this would appear to be an adequate principle that covers the main cases constituting a genuine threat to the institution of marriage in Canada. Furthermore, the decline in legal polygamy around the world and the small number of foreign marriages that do not meet the essential requirements of the institution under Canadian law indicate that there is no need to extend the concept of a "first marriage." The definition of bigamy, referring as it does to a first marriage that is valid in Canada, is thus reasonable and realistic.

The form of marriage through which bigamy is committed is defined in the present *Code*. This definition refers to the formal requirements of marriage, to the solemnization itself. Under present matrimonial law there are two essential formal requirements for a marriage: the celebration of a rite; and its being public. The definition in section 196 should reflect this through the addition of the adjective "public" before the word "ceremony." Paragraph 196(*b*) ("form of marriage") corresponds neither to present matrimonial law nor in particular to the spirit and bases of the offence. This part of the definition should be deleted.

---

c. M50 (S.M. 1982-83-84, c. 57), ss. 21 and 23; Saskatchewan: *The Marriage Act*, R.S.S. 1978, c. M-4, ss. 14(4) and (5), 29(2) and (3) and 36; British Columbia: *Marriage Act*, R.S.B.C. 1979, c. 251, ss. 39 and 40; Northwest Territories: *Marriage Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. M-5, ss. 24(4), 41, 42 and 43; Yukon: *Marriage Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. M-3, ss. 24(3), 41, 42 and 43.
It should be noted that Québec has similar provisions: Civil Code of Lower Canada, Arts. 7.1 and 108 and *Civil Code of Québec*, Art. 417.

In order for the extraterritorial aspect of the offence of bigamy to be of any practical effect, the requirement that the offender have a specific intent when leaving Canada should be abolished. However, such a reform would tend to expand the scope of the crime and should therefore be examined with caution.

The extraterritorial aspect of the offence of bigamy is fully justified only as a means of protecting a marriage that already exists in Canada. Protection of the institution of marriage in Canada makes sense only on the basis of a concrete marital union. Extra-territoriality should thus apply only to a person who already has married status in Canada and who, despite that status, decides to go through a form of marriage abroad. It is only in such a situation that there is a true threat to the institution in Canada. For such protection to be effective, however, a specific intent upon the person's leaving Canada should not be required. Not only is such a requirement unrealistic, but the burden of proof it involves is too onerous.

Finally, Canada is a country that receives numerous immigrants wishing to become part of its society and benefit from our laws. It is therefore fair and appropriate for the reduced extraterritorial effect of bigamy not to be limited to Canadian citizens but to apply also to permanent residents awaiting citizenship.

It is clear that there is no need for subsection 254(2). Death, divorce and annulment of marriage are events that result in a dissolution of the marital union and thereby do away with an essential element of the offence of bigamy, namely, a previous marriage.

An error of fact or an error of law resulting in an error of fact are defences that are already accepted by our law. The Law Reform Commission is proposing that they be codified in the General Part of the *Criminal Code*. There is no need to repeat them in the context of the definition of the crime of bigamy.

Finally, presumption of death on the basis of absence is a question that is already dealt with by the civil law. The solutions offered by these rules, and by the rules of criminal law dealing with the defences of mistake, justify a deletion of this provision.

Monogamy is a value generally shared by all Canadians. It has deep roots and colours our entire legal system. There would thus appear to be very few things that could genuinely jeopardize it. In view of this, polygamy appears so foreign to our values and our legal system that it is both unnecessary and excessive to sanction it criminally. Abolishing the crime of polygamy does not amount to condoning the practice. Our legal institutions and the institution of marriage adequately preserve the principle of monogamy. Repealing the offence of polygamy is thus evidence of moderation and a mark of confidence in our own institutions. By not giving polygamy any legal recognition, matrimonial law ensures that this phenomenon is not viable in Canada. This should therefore be reflected in the *Criminal Code*.

The offences in connection with the solemnization of marriage are based on the old ecclesiastical law, which had to deal with problems of clandestine and irregular marriages. Matrimonial law has evolved considerably, and today marriage and its rites are clearly

defined and regulated. Procuring a feigned marriage (section 256), pretending to solemnize a marriage and solemnizing a marriage contrary to law (sections 258 and 259) should no longer constitute criminal behaviour. This conduct presents less of a threat to the institution and to society than breaches of the regulations governing marriage. As such, provincial legislation provides an ample response to any problems the conduct in question may pose. In addition, in administering the laws within their jurisdiction the provinces may attach penal sanctions to their legal provisions that would be more appropriate than outright criminalization of the reprehensible conduct.

Repeal of these latter provisions thus reflects the reasonable and moderate attitude the public is entitled to expect in balanced criminal legislation.

III. Proposed Legal Measures

The following proposals have adopted a new formulation in order to make the provisions more precise. However, we have also given, as an alternative, a more literal formulation based on the present provisions to facilitate comprehension of the proposed amendments.

RECOMMENDATION 1

We recommend that section 254 of the present *Criminal Code* be repealed and the following new provision substituted:

> **254. (1) A person who goes through a form of marriage in Canada where one of the spouses is already bound by a former marriage that has not been dissolved commits bigamy.**
>
> **(2) A Canadian citizen or a permanent resident of Canada who goes through a form of marriage outside Canada when he is already bound by a former marriage that has not been dissolved also commits bigamy.**
>
> **(3) A person who commits bigamy is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.**

An alternative formulation of the new section 254 could also read as follows:

> **254. (1) Every one commits bigamy who**
>
> **(*a*) in Canada**
>
> **(i) being married, goes through a form of marriage with another person, or**
>
> **(ii) knowing that another person is married, goes through a form of marriage with that person;**

(*b*) being a Canadian citizen or a permanent resident of Canada does outside Canada anything mentioned in subparagraph (*a*)(i) of this subsection.

(2) Every one who commits bigamy is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

Bigamy is still an indictable offence. The reasons for its being a crime justify this characterization as well as the *Criminal Code* prohibition. However, the sentence proposed by the *Code* should be reassessed by the Commission in the more general context of sentencing policies.[56]

Subsections (2), (3) and (5) of the present section 254 are completely repealed.

Subsection (4) of the present section 254 is incorporated into the new definition of "former marriage" (or "married"), which might be set out in section 196 or in a new subsection of section 254.

RECOMMENDATION 2

We recommend that the expression "former marriage" (or "marriage" if we adopt the alternative formulation of section 254) be defined as follows:

(1) For purposes of section 254, "former marriage" means a marriage that may be recognized as valid in Canada.

(2) A marriage shall, for purposes of section 254, be deemed to be valid unless the accused establishes that it was invalid.

RECOMMENDATION 3

We recommend that the expression "form of marriage" in the present section 196 be amended as follows:

"Form of marriage" means a public ceremony of marriage that is recognized as valid by the law of the place where it was celebrated.

Paragraph 196(*b*) is repealed. The new definition could more appropriately be incorporated into a new subsection of section 254.

---

56. See comments by Judge Borins in *R.* v. *Stanley Walter Friar*, April 27, 1983, Ont. Co. Ct. (W.C.B. No. 10-0040, p. 22):

> However, where both parties know the facts and marry perhaps to make the cohabitation appear respectable, the offence, in my view, becomes a relatively minor one and not deserving of severe punishment.
>
> It may be that when the Criminal Code is reviewed, as I understand it will be by Parliament over the next period of time, that cognizance may be taken of the following comment in *Smith and Hogan* at 688-9:
>
> Bigamy may still fulfill a useful purpose as a crime in the type of case *with grave social consequences*; but it cannot be regarded as satisfactory that a grave felony should extend so far beyond this to cases no longer regarded as really serious offences.

RECOMMENDATION 4

Furthermore, we recommend that:

(1) subsection 255(1) be incorporated into section 254;

(2) the provision in subsection 255(2) be retained, but it would be more appropriate in the *Canada Evidence Act*;

(3) sections 256 (procuring feigned marriage), 257 (polygamy), 258 (pretending to solemnize marriage) and 259 (solemnizing marriage contrary to law) of the *Criminal Code* be repealed.

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes — Un cadre pour la prise de décisions* (oct. 1985)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
41. *L'arrestation* (1985)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LA BIGAMIE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J32-1/42-1985
ISBN 0-662-53856-0

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 42

LA BIGAMIE

1985

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M[e] Gilles Létourneau, vice-président*
M[e] Louise Lemelin, c.r., commissaire
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire
M[e] John Frecker, commissaire*

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller spécial

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Conseillers

Pierre Robert, LL.L., LL.M.
Marie Tremblay, LL.B.

* N'était pas membre de la Commission lorsque le présent document a été approuvé.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : La problématique des incriminations 3

I. L'institution du mariage 3

II. Les caractéristiques du mariage 4

A. Les propriétés essentielles du mariage 4

B. Les rites du mariage 6

III. Les atteintes au mariage 9

CHAPITRE DEUX : Les réponses du droit actuel 13

I. Les atteintes au principe monogamique 13

A. La bigamie 14

1) La duplication des mariages 14
2) Le mariage antérieur 16
3) La preuve des mariages 20
4) Les situations visées au sous-alinéa 254(1)*a*)(iii) 20
5) L'extra-territorialité de la bigamie 21

B. La polygamie 23

II. Les atteintes à la célébration du mariage 24

A. Le mariage feint 24

B. La célébration illicite du mariage 26

CHAPITRE TROIS : La réforme 29

I. La nécessité de réforme 29

II. Propositions de réforme 29

III. Propositions législatives 32

À la mémoire de Jacques Fortin qui demeurera toujours une source d'inspiration et d'encouragement dans l'effort de réflexion et de réforme de notre droit pénal.

Introduction

Dans le *Code criminel*, cinq infractions génériques relatives aux droits conjugaux et à la célébration du mariage sont classées parmi les crimes contre la personne. Ce sont la bigamie, la polygamie, le mariage feint, la célébration du mariage sans autorisation et la célébration du mariage en contravention de la loi.

L'existence même de ces infractions dans notre droit pénal ne peut manquer de soulever plusieurs interrogations. Les premières qui se présentent tout naturellement à l'esprit concernent leurs fondements et la nécessité de leur répression pénale. Il est aisé de voir que ces infractions plongent leurs racines dans les structures fondamentales de la société : la famille et le mariage. La caractéristique commune et essentielle de ces infractions consiste d'ailleurs dans l'atteinte à l'institution du mariage. Cette constatation ne suffit évidemment pas à elle seule à justifier les incriminations. Il importe donc de dégager la problématique particulière reliée aux atteintes à cette institution. L'analyse du mariage dans la société canadienne permettra, dans un premier temps, de cerner la nature de ces atteintes et d'en apprécier la gravité relative.

Les problèmes étant ainsi posés, il s'agit d'examiner et d'évaluer les réponses que leur apporte le droit actuel, civil et pénal. Ceci conduit alors à l'appréciation de la nécessité de l'intervention pénale qui doit tenir compte non seulement du caractère répréhensible et de la gravité intrinsèque des comportements prohibés, mais aussi de la qualité et de la suffisance des solutions non répressives. De plus, l'appréciation de la pertinence de la sanction pénale au regard des règles civiles du mariage est susceptible de révéler les conflits ou les ambiguïtés que peut générer la coexistence de deux ordres de solutions. Ce genre de situation, lorsqu'elle existe, peut rendre incertaine la loi aux yeux du public et appelle la réforme.

CHAPITRE UN

La problématique des incriminations

I. L'institution du mariage

> Pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage. (Platon, *de legibus*)

Il ne saurait être question de reprendre dans ce document tous les éléments d'une démonstration de l'importance sociale de la famille et du mariage. Le noyau de l'organisation de la plupart des sociétés demeure la famille. Dans le préambule de la *Déclaration canadienne des droits* par exemple, le Parlement du Canada affirme expressément l'attachement de la Nation à la place de la famille dans notre société[1].

La stabilité et la cohésion sociales exigent que la cellule familiale soit elle-même stable et cohérente. Or, stabilité et permanence de la famille se concrétisent dans le mariage. Aussi la recherche de ces qualités fondamentales constitue-t-elle l'objectif des législations sur le mariage qui délimitent impérativement les effets de ce dernier ainsi que les causes et les modes de sa dissolution. Dans cette perspective, le mariage est élevé au rang d'une véritable institution. Cette caractéristique se reflète également sur la formation de l'union conjugale. Le mariage n'est pas un simple contrat; l'engagement contractuel ne peut être défini ou limité par les époux. Ceux-ci expriment par la célébration du mariage leur adhésion à un nouveau statut social et légal qui va régir leur état.

En conséquence, le mariage doit satisfaire, pour sa réalisation, à certaines conditions de fond et de forme imposées par la loi. Ainsi, l'importance sociale de l'institution du mariage explique la solennité qui l'entoure et l'attention juridique dont il fait l'objet. Nous reconnaissons, toutefois, qu'une partie de la population n'attache plus cette importance à l'institution du mariage. Certains préfèrent une union qui ne satisfait pas aux conditions de fond et de forme imposées par la loi. Toutefois, le droit pénal doit accorder une protection à ceux qui adhèrent aux valeurs du mariage.

---

1. *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III.

II. Les caractéristiques du mariage

> La société fait sentir le poids de sa contrainte, en matière matrimoniale, par les interdits et les rites qu'elle impose. (Jean Carbonnier, *Droit civil*, p. 331)

L'institution du mariage revêt certaines caractéristiques essentielles, et diverses atteintes qui seront, selon le cas, sanctionnées ou non par la loi se définissent en fonction de ces caractéristiques.

Le mariage au Canada, comme dans la plupart des pays occidentaux, a sa source dans le droit romain tel que l'a façonné depuis les débuts de la chrétienté le droit canonique[2]. Cette communauté d'origines se reflète dans l'identité des propriétés essentielles du mariage moderne dans les systèmes de droit civil comme dans les systèmes de tradition de common law[3].

Les propriétés essentielles du mariage découlent directement de la nature même de l'institution. À celles-ci s'ajoutent en droit moderne les caractéristiques se rattachant à la forme et à la célébration du mariage.

A. Les propriétés essentielles du mariage

Dans son acception la plus large qui embrasse les diverses traditions juridiques occidentales, le mariage est défini comme l'union volontaire d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne pendant la durée de cette union.

Cette définition présente les caractéristiques fondamentales du mariage dans nos sociétés : la différence de sexe des époux, leur consentement à une union conjugale durable et l'exclusivité de cette union. Ces mêmes éléments ont été repris dans le concept de «mariage chrétien» développé par la jurisprudence anglaise du dix-neuvième siècle[4] afin de le distinguer clairement des pratiques conjugales étrangères aux traditions européennes.

---

2. J. Carbonnier, *Droit civil, Tome premier : Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1967, p. 331 et s. Voir également E. Roguin, *Traité de droit civil comparé : le mariage*, Paris, F. Pichon éd., 1904; J. Pineau, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 3; J. T. Hammick, *The Marriage Law of England*, Londres, Shaw and Sons, 1873, p. 3.

3. Voir généralement H. R. Hahlo, *Nullity of Marriage in Canada: With a Sideways Glance at Concubinage and Its Legal Consequences*, Toronto, Butterworths, 1979; Roguin, *supra*, note 2.

4. Voir particulièrement T. C. Hartley, «Polygamy and Social Policy» (1969), 32 *Modern L. Rev.* 155, p. 160; M. L. Marasinghe, «Polygamous Marriages and the Principle of Mutation in the Conflict of Laws» (1978), 24 *McGill L.J.* 395, en particulier pages 395-402. Les arrêts classiques de la jurisprudence anglaise sont *Warrender* v. *Warrender*, [1835] II Cl. & F. 488 — en particulier le dictum célèbre de Lord Brougham, p. 532; *Hyde* v. *Hyde* (1866), L.R. 1, P. & D. 130 (décision de Lord Penzance); *In re Bethell* (1887), 38 Ch. D. 220.

Les deux premières caractéristiques du mariage sont relativement explicites. L'union de personnes de même sexe n'est pas un mariage et les vices de consentement des époux peuvent compromettre la validité de l'union conjugale.

Le caractère exclusif du mariage présente cependant plus de difficultés. Tout d'abord sur le plan moral et religieux, cette caractéristique est érigée en principe par le droit canon moderne[5] :

> Les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité qui obtiennent une force particulière dans le mariage chrétien en raison du sacrement. (Canon 1056)

Sur le plan juridique, cette caractéristique essentielle du mariage est source de devoirs conjugaux précis, dont l'obligation de fidélité entre les époux. Enfin, l'exclusivité de l'union conjugale fonde le principe monogamique.

Le mariage monogamique vient en droite ligne du droit romain le plus ancien tel que l'a fortifié la théorie canonique. Ce concept romano-chrétien[6] est le substrat historique des systèmes matrimoniaux des pays de tradition chrétienne. Comme l'écrit Jean Carbonnier «l'institution du mariage monogamique est une clef de voûte de la civilisation juridique européenne[7]». Cette tradition est donc la source du droit matrimonial canadien, tant dans les provinces de common law qu'au Québec dont le système juridique est d'inspiration de droit civil[8].

Le mariage monogamique ne résulte pas seulement d'une tradition juridique. C'est aussi un phénomène profond de société et de civilisation. D'ailleurs, le principe monogamique n'est pas un concept exclusivement romano-chrétien. La monogamie et son corollaire, l'interdiction de la polygamie, existent dans d'autres civilisations. Dans l'Antiquité, les tribus germaniques, selon Tacite, n'admettaient généralement que le mariage monogamique. Blackstone cherchant à établir la pérennité de l'institution explique que, dans l'ancien droit scandinave, la polygamie était un crime punissable de mort. Au Siècle des lumières, la constance de la pratique de la monogamie en Europe trouvait une explication dans le climat des pays nordiques et les conditions démographiques des pays orientaux[9].

---

5. Code de droit canonique promulgué le 25 janvier 1983 et entré en vigueur le 27 novembre 1983.
6. Le mariage monogamique n'appartient pas à la tradition judaïque de la Bible. La polygamie des patriarches de l'Ancien Testament n'a pas été retenue par l'Église. Il faut observer cependant que même dans la tradition judaïque européenne, la polygamie biblique a cédé la place au principe monogamique. Hartley, *supra*, note 4, p. 155; Carbonnier, *supra*, note 2, p. 339-340.
7. *Supra*, note 2, p. 331.
8. Voir généralement Hahlo, *supra*, note 3; Pineau, *supra*, note 2.
9. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1ère éd., Oxford, Clarendon Press, 1769, Livre IV, p. 163-164; Montesquieu, *De l'esprit des lois*, titre XXIII : des lois dans le rapport qu'elles ont avec le nombre des habitants.

Ces raisons peuvent aujourd'hui faire sourire, mais quelles que soient les causes premières de la pratique de la monogamie, cette dernière correspond toujours à une réalité sociologique inéluctable. La structure monogamique de l'union conjugale, qu'il s'agisse de l'institution formelle du mariage ou du concubinage, est enracinée profondément dans les mœurs et dans les traditions culturelles d'une société.

Au Canada, au-delà de la valeur morale qu'il représente, le mariage monogamique constitue la fibre même du tissu social. Le recensement de la population canadienne de 1981 indique que la très grande majorité de la population pratique la monogamie :

- 11 949 165 personnes ont déclaré être mariées, être séparées ou vivre en concubinage;
- 500 135 personnes ont déclaré être divorcées;
- 1 157 670 personnes sont veufs ou veuves d'un ancien couple monogamique;
- 10 736 215 personnes ont déclaré être célibataires (ce chiffre comprend les enfants).

Ainsi, le principe monogamique représente non seulement une caractéristique essentielle de l'institution du mariage, mais il constitue également un principe organique de la société canadienne.

B. Les rites du mariage

Contrairement aux caractéristiques fondamentales, les exigences de forme du mariage ont considérablement évolué au cours des siècles. Dans le droit moderne, deux conditions essentielles de forme se dégagent : la nécessité d'un rite et la publicité du mariage[10].

À l'origine, le droit canonique, s'inspirant du droit romain, considérait l'acte de se marier comme une stricte convention consensuelle. Cette conception conférait au mariage un caractère privé qui se traduisait par l'absence de célébration publique. Le simple échange de volonté des époux suffisait à la conclusion du mariage. La possession de cet état confirmait par la suite l'état matrimonial des époux[11]. Certes l'Église recommandait que l'union soit bénie par un prêtre au cours d'une cérémonie religieuse. C'était le mariage régulier. Mais la non-conformité avec cette recommandation ne nuisait pas à la validité du mariage ni du point de vue juridique ni du point de vue religieux[12].

---

10. Carbonnier, *supra*, note 2, p. 335 et s.; Hahlo, *supra*, note 3.

11. Il existait dans l'ancien droit un système complexe de preuve de l'état matrimonial. Voir Roguin, *supra*, note 2, p. 96 et s.

12. Au plan juridique, la durabilité de l'union conjugale primait sur la forme; au plan religieux, le sacrement du mariage était considéré administré par les époux eux-mêmes si bien que l'absence d'un célébrant religieux n'empêchait ni la formation d'un mariage efficace et valide ni même la grâce du sacrement. Roguin, *supra*, note 2, p. 100.

Cette extrême simplicité de la formation du mariage était cependant de nature à engendrer des difficultés dans l'établissement du statut matrimonial des individus. Tout d'abord, une confusion inévitable existait entre le mariage consensuel, appelé aussi mariage irrégulier, et le concubinage. Le droit canon, contrairement au droit romain, n'établissait pas de démarcation claire entre les deux états et avait plutôt tendance à assimiler le concubinage au mariage[13]. Il en était ainsi également du mariage défectueux qui aurait été régulier s'il n'avait été entaché d'un manquement aux règles ou aux rites prescrits par l'Église. Le mariage clandestin célébré par un prêtre produisait les effets d'un mariage valide.

Toute cette confusion créée par l'état du droit matrimonial était accentuée lorsque se posait le problème de la validité d'un mariage ou simplement celui de son existence. Inutile de dire que la question devenait cruciale, eu égard au principe monogamique, dans le cas d'une seconde union conjugale ou libre.

Historiquement, c'est ce qui se produisit à différentes époques avec la recrudescence de situations conjugales obscures et de cas de bigamie plus ou moins licites[14]. Le Concile de Trente en 1563 atténua cette confusion par l'imposition d'une formalité publique comme condition de validité essentielle du mariage. Désormais, seul le mariage régulier célébré *in facie ecclesiae*, serait reconnu. La situation en Angleterre demeura cependant inchangée à cause de la séparation de l'Église anglicane d'avec Rome survenue une trentaine d'années avant le Concile. Les principes du droit canon antétridentin restèrent donc ceux du droit commun anglo-saxon :

> [TRADUCTION]
> Ces principes ont consacré trois modes distincts d'accomplissement du mariage selon les règles de l'ancien droit de l'Angleterre : (1) la célébration publique devant l'Église; (2) la célébration clandestine effectuée à la dérobée par un membre du clergé validement ordonné; et (3) le seul consentement des parties[15].

Cette circonstance historique explique la survivance du mariage consensuel, connu aussi sous le nom de mariage de common law, à l'époque moderne. De nos jours, cette forme d'union a un statut légal dans quelques juridictions, notamment dans quelques états américains[16]. Cependant, le droit anglais devait rencontrer les mêmes difficultés inhérentes à ce système matrimonial. Différentes mesures ecclésiastiques et législatives

---

13. Roguin, *supra*, note 2, p. 102.

14. Il serait impossible dans ce document de passer en revue les différents événements historiques qui ont marqué l'évolution des rites du mariage. On pourra consulter avec profit à ce sujet Roguin, *supra*, note 2, p. 98 et s.; Hammick, *supra*, note 2, p. 3-20.

15. Hammick, *supra*, note 2, p. 4.

16. Voir «Bigamy» 10 *Am. Jur.* 2d, p. 967, particulièrement pages 974-975, 977 et s.

au dix-septième siècle furent impuissantes à réduire les irrégularités dans le mariage et un commerce éhonté de mariages clandestins prit des proportions inquiétantes à la fin du siècle[17].

> [TRADUCTION]
> Malgré la rigueur du droit ecclésiastique en matière de mariage, les irrégularités ont continué d'exister; cela est dû en partie à l'ancienne doctrine selon laquelle un défaut de solennité n'enlève rien à la force du contrat. Un trafic impudent de mariages clandestins a commencé vers la fin du dix-septième siècle et s'est poursuivi en dépit de la loi et des lourdes amendes, au grand scandale de l'Église, jusqu'à l'adoption de la loi de Lord Hardwicke (26 Geo. II, chap. 33) qui y a mis fin[18].

En 1753, le Parlement anglais imposait donc à son tour l'exigence d'une formalité publique pour la conclusion d'un mariage valide. La loi sur le mariage intitulée *An Act for the Better Preventing of Clandestine Marriages* (26 Geo. II, chap. 33) mieux connue sous le nom de *Lord Hardwicke's Act* déclarait nuls les mariages conclus autrement qu'en suivant les formes religieuses et publiques. Cette législation renforçait aussi considérablement les dispositions du droit ecclésiastique antérieur relativement aux devoirs des célébrants dans la conclusion du mariage. C'est à partir de cette époque que la législation statutaire pénale se substitua à la législation religieuse dans la répression des contraventions à la célébration du mariage. En fait, la situation au début du dix-huitième siècle s'était à ce point dégradée que certaines tavernes étaient reconnues comme des *marriage houses*. Les officiants ne prenaient même plus la peine de célébrer selon les rites et vendaient plutôt aux intéressés un certificat de mariage qui leur conférait un statut conjugal.

---

17. L'année 1603 a fait date dans l'évolution de la réglementation du mariage. C'est en cette première année du règne de Jacques I^er^ que furent convoqués les assises ecclésiastiques de Canterbury où l'on promulgua des canons exhaustifs concernant le gouvernement de l'Église d'Angleterre, le clergé et le mariage. Plusieurs canons prescrivaient des règles précises dans la célébration du mariage. Ainsi le Canon 62 prévoyait une peine de suspension «*per triennium*» pour tout célébrant qui officiait un mariage sans publication de bans ou sans licence. Même l'horaire pendant lequel pouvait être célébré le mariage y était prévu. Ces canons précisaient les conditions de forme et de fond du mariage que nous connaissons aujourd'hui. Toutefois cette législation ecclésiastique, même si elle liait le clergé, n'avait pas force de loi.

    Aussi, afin de contrer la non-observance de ces canons, une loi de 1695 (6 & 7 Guillaume III, chap. 6) vint leur donner une portée plus générale et leur conférer une dimension pénale. En effet, cette législation prévoyait des amendes en cas de célébration du mariage en contravention des rites. Cependant, les bénéfices que retiraient les ecclésiastiques par la célébration des mariages, réguliers ou irréguliers, rendaient dérisoires ces mesures.

    Chose plus grave toutefois, l'évolution de la réglementation du mariage entraîna le développement du mariage clandestin en dehors des églises :

    > [TRADUCTION]
    > Les mesures adoptées pour empêcher la célébration des mariages clandestins dans les églises ont notamment eu pour effet d'orienter ce commerce scandaleux dans d'autres directions. Une catégorie d'ecclésiastiques débauchés et dégradés de la prison du Fleet, ou résidant dans cette zone, ont entrepris de marier des couples en privé, et ces hommes couraient après les mariages clandestins avec une effronterie éhontée. (Hammick)

    Au cours du siècle, d'autres législations tentèrent de renforcer l'observance de la loi (7 & 8 Guillaume III, chap. 35; 10 Anne, chap. 19 (s. CLXXVI)). Cependant il faut attendre la loi de 1753 pour avoir une législation matrimoniale définitive corrigeant cette situation. Hammick, *supra*, note 2, p. 3 et s.; Blackstone, *supra*, note 9, p. 162 (*clandestine marriages*).

18. Hammick, *supra*, note 2, p. 9.

La loi de Lord Hardwicke définit de façon plus détaillée le crime de «mariage clandestin» en le qualifiant de *felony* et en l'assortissant de peines sévères. Cette infraction réprimait le mariage célébré en dehors des églises ou officié sans autorisation. Elle visait également la célébration où les formalités comme la publication de «bans» ou l'obtention d'un permis n'avaient pas été respectées. Enfin la répression s'étendait à tout le domaine de la falsification des registres et autres pièces relatives au mariage. La définition et la sanction de contraventions à la célébration régulière du mariage cherchaient, à l'évidence, à contrer un problème réel de délinquance qui avait pu se développer à cause des insuffisances d'un droit matrimonial incertain.

L'évolution historique du droit matrimonial révèle, somme toute, que la clarté du statut conjugal des individus dans la société est nécessaire. L'incertitude de l'état civil des couples, qui résultait du mariage irrégulier et du mariage clandestin, favorisait en quelque sorte l'instabilité conjugale et la fraude matrimoniale.

En rendant obligatoire, pour la validité du mariage, la formalité publique d'une célébration officielle, la loi éliminait du coup ces causes d'incertitude et les revendications de toute nature fondées sur une union conjugale obscure.

De nos jours, le mariage exige la formalité d'un acte officiel et public, qu'il s'agisse du mariage civil ou du mariage religieux. Les autres formalités particulières de la célébration apparaissent ainsi comme des détails techniques secondaires qui s'ajoutent à ces traits fondamentaux. Dans une certaine mesure, la clarté du droit matrimonial contemporain relègue aux oubliettes les problèmes cruciaux d'irrégularité et de clandestinité à l'origine des prohibitions relatives à la célébration du mariage.

III. Les atteintes au mariage

[TRADUCTION]
Nous sommes maintenant d'avis qu'il n'y a pas lieu de criminaliser un acte à moins que sa perpétration n'entraîne des conséquences sociales nuisibles[19].

Les atteintes les plus sérieuses au mariage sont évidemment celles qui heurtent les caractéristiques essentielles de l'institution. Cependant, toutes ne justifient pas pour cet unique motif la répression pénale. L'atteinte doit comporter un degré de gravité et de répréhension sociale qui rende à la fois plausible et nécessaire l'intervention du droit pénal.

---

19. G. Williams, «Language and the Law» (1945), 61 *L.Q.R.* 71, p. 77.

La gravité d'un comportement déviant s'apprécie en fonction de plusieurs facteurs qui doivent normalement constituer les fondements rationnels de sa criminalisation. En ce qui concerne les atteintes au mariage, un faisceau de justifications ont été avancées et discutées pour justifier leur répression sans toutefois offrir une réponse satisfaisante[20]. Ainsi, selon Lord Devlin et Dean Rostow, la défense de la moralité publique fonde essentiellement l'interdiction et la répression de la bigamie et de la polygamie.

Il est indéniable que des fondements moraux soient à l'origine de la criminalisation de certaines atteintes au mariage. Toutefois, comme l'ont critiqué Hart et Packer[21], les justifications d'ordre moral n'expliquent pas tout, d'autant que la défense de la moralité publique est difficilement compatible avec le silence du droit criminel quant à certaines conduites immorales en rapport avec le mariage.

L'illustration classique de cette faiblesse de la justification morale est l'adultère. Historiquement en common law, l'adultère n'a jamais été considéré comme un crime. Blackstone nous dit qu'une loi statutaire en avait fait une infraction pénale pendant une très courte période de temps au milieu du dix-huitième siècle[22]. Son abrogation fut saluée comme mettant un terme à une «rigueur démodée[23]».

Il existe par ailleurs d'autres atteintes au mariage qui, malgré leur gravité sur le plan moral, ne constituent pas pour autant des infractions. Ainsi, l'abandon du conjoint, le mariage endogame (consanguin) ou celui entre homosexuels sont des atteintes au droit matrimonial sanctionnées par les règles civiles des lois sur le mariage et de la loi sur le divorce. Cependant, ce ne sont pas des crimes. En fait, la justification morale de la répression des atteintes au mariage est difficile et incertaine parce que sujette aux fluctuations constantes de la moralité publique. Selon les époques et les pays, la morale en matière conjugale et sexuelle change ou du moins son seuil de tolérance se modifie. Un système moral peut tantôt accepter un compromis ou, au contraire, faire preuve en d'autres circonstances d'une rigueur extrême. Ainsi l'adultère, qui n'est pas un crime dans la tradition de common law, a néanmoins été criminalisé dans d'autres pays et même déjà dans certaines parties du Canada par des lois préconfédératives[24].

Les mêmes fluctuations se produisent sur le plan religieux. Le nouveau code de droit canonique de l'Église catholique a ainsi substantiellement modifié son droit pénal.

---

20. Le débat entre le professeur Hart et Lord Devlin quant aux fondements moraux du droit criminel a été l'occasion d'une réflexion et d'une discussion profondes de toute cette question. Voir en particulier l'analyse que nous en propose B. Mitchell dans *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Londres, Oxford U.P., 1967, spécialement aux pages 18-35.

21. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford U.P., 1963; H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Standford (Californie), Standford U.P., 1968, particulièrement aux pages 312-316; Mitchell, *supra*, note 20, p. 23 et 28.

22. Blackstone, *supra*, note 9, p. 64.

23. *Ibid.*

24. Une loi préconfédérative du Nouveau-Brunswick faisait de l'adultère un acte criminel : S.R.N.B. 1854, chap. 145, art. 3. Cette loi fut abrogée par les premières législations en matières criminelles du Parlement fédéral : 32 & 33 Vict., chap. 36 (1869) (voir J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1982, p. 1).

Depuis 1983, il ne considère plus la bigamie comme un délit pouvant être puni d'une peine ecclésiastique.

De même, sur le plan moral, il est malaisé de condamner purement et simplement la polygamie. Certaines écoles ne considèrent pas la polygamie comme contraire ni au droit naturel ni au droit divin historique. Son interdiction résulterait plutôt du message évangélique et de la législation ecclésiastique[25].

En réalité, la polygamie est une institution sociale au même titre que le mariage monogamique. Pour des raisons démographiques, économiques, religieuses ou culturelles, certaines sociétés ont incorporé la polygamie à leurs structures sociales. Au Canada, et généralement en Occident, des raisons du même ordre ont conduit à privilégier le mariage monogamique.

L'interdiction de la bigamie, comme de la polygamie, et a fortiori leur incrimination, ne procède donc pas d'un pur choix moral. Certes on peut dire, de concert avec Lord Devlin, que l'institution du mariage monogamique est l'expression d'une morale sociale, mais alors l'incrimination des atteintes au principe monogamique se fonde peut-être plus sur la défense d'une institution sociale que sur la défense de la moralité publique. Dans cette perspective, les atteintes les plus graves et les plus menaçantes sont celles qui compromettent l'institution même du mariage. Ce facteur sociologique permet d'identifier clairement un degré de gravité qui dépasse les simples atteintes aux caractéristiques essentielles du mariage.

C'est ainsi que la répression de la bigamie apparaît justifiée puisqu'en empruntant toutes les caractéristiques rituelles et officielles du mariage, cette conduite anéantit la signification même de l'institution. Abstraction faite de sa duplicité, le mariage «bigamique» serait en tout point un mariage valide : c'est là que réside la menace réelle pour l'institution. Lors des consultations, certains intervenants nous ont proposé l'adoption d'une forme de bigamie où la fraude serait l'élément déterminant. Bien qu'attrayante, cette solution ne nous paraît pas acceptable, car le concept de fraude n'englobe pas toutes les situations où il y a atteinte au mariage. Nous croyons que la proposition retenue par la Commission tient déjà compte des situations où il y a une victime.

Ce n'est pas le cas des autres atteintes au mariage qui constituent peut-être des contraventions à l'institution, mais n'en sont pas la négation. Ainsi l'adultère, le concubinage, le mariage clandestin ou le mariage irrégulier n'ébranlent pas, au plan des structures sociales, l'institution du mariage. Bien au contraire, c'est par rapport à cette norme institutionnelle que ces conduites se définissent. Dès lors, le droit matrimonial suffit, sans l'apport du droit criminel, à les assumer et à les contrôler.

Il en va ainsi de la polygamie qui apparaît comme une pratique à ce point étrangère à nos mœurs qu'elle ne menace pas directement l'institution du mariage. Dépourvue

25. Roguin, *supra*, note 2; *supra*, note 6.

de tout caractère officiel, la polygamie peut être assimilée à une pratique marginale au même titre que l'adultère et n'appelle pas de ce fait la répression pénale. C'est d'ailleurs l'opinion empreinte de modération exprimée par Glanville Williams :

> [TRADUCTION]
> Si l'on juge opportun de les décourager par la loi, il suffirait pour cela d'omettre toute mesure à leur égard dans le droit civil, plutôt que d'adopter la voie de dissuasion plus sévère des sanctions pénales[26].

Les incriminations actuelles de mariage feint et de mariage célébré sans autorisation ou en contravention de la loi correspondent sans doute à des manquements aux conditions de forme du mariage. Cependant, ces atteintes n'ont plus la gravité morale et sociale qui ont justifié historiquement leur répression pénale. Aujourd'hui le mariage clandestin et le mariage irrégulier ne possèdent pas de statut juridique qui compromet l'institution du mariage. Le droit matrimonial moderne permet de prévoir et de résoudre les problèmes soulevés par ces atteintes.

Outre la défense de l'institution sociale, la protection des époux contre la fraude peut constituer une autre justification de la criminalisation de certaines atteintes au mariage. Packer et Hughes considèrent d'ailleurs que la fonction utilitaire essentielle du crime de bigamie est d'empêcher l'obtention d'une relation sexuelle par fraude[27]. Il est évident que le mariage feint ou le second mariage qui constitue un cas de bigamie peut dans certaines circonstances amener un conjoint de bonne foi à épouser le «fraudeur» grâce à un subterfuge qui implique l'utilisation délibérée de l'institution du mariage. Cependant le caractère frauduleux que revêtent à l'occasion les infractions matrimoniales n'en constitue pas l'essence et n'embrasse pas toutes les situations visées par les incriminations.

Dans leur formulation actuelle, la bigamie ou le mariage feint peuvent impliquer la collusion des époux. Quant aux autres atteintes au mariage, l'élément frauduleux est à peu près inexistant. La polygamie dans son acception la plus courante suppose une union conjugale avec des participants volontaires.

L'utilisation frauduleuse de l'institution demeure néanmoins un facteur à considérer dans la détermination de la gravité de certaines atteintes au mariage. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'aspect frauduleux de certains comportements peut être déjà implicitement visé par d'autres incriminations ou d'autres législations. Enfin une dernière justification bien pragmatique de l'intervention du droit pénal se rattache à l'infraction de la célébration du mariage en contravention de la loi.

L'objectif de la sanction pénale vise à assurer le respect des lois relatives à la célébration du mariage. Cet objectif est certainement compatible avec une législation d'ordre réglementaire, mais ne saurait justifier le maintien d'une infraction criminelle.

---

26. G. Williams, *Criminal Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1961, p. 750.

27. *Supra*, note 21; voir également Mitchell, *supra*, note 20.

CHAPITRE DEUX

Les réponses du droit actuel

Comme nous le savons, les comportements réprimés par le droit pénal n'englobent pas toutes les atteintes aux droits conjugaux. Aussi, l'examen de l'état du droit actuel se limite-t-il aux seules atteintes sanctionnées pénalement. Ces dernières se répartissent en deux catégories : les atteintes au principe monogamique et les atteintes à la célébration du mariage.

I. Les atteintes au principe monogamique

[TRADUCTION]
... [J]e ne suis pas sans connaître la très grande importance sociale de la célébration du mariage. C'est cette célébration qui, grâce à la force de la tradition, soutient l'institution de la monogamie et contribue à la stabilité des familles. Il se peut que l'imposition d'une peine soit justifiée si cette mesure est nécessaire au maintien d'une importante institution; mais il faut au préalable nous assurer que cette mesure est nécessaire, et que la monogamie ne peut être maintenue par d'autres moyens. (Glanville Williams, «Language and the Law», p. 78)

La bigamie et la polygamie sont les atteintes principales au mariage monogamique. À plusieurs égards, ces deux notions se confondent. Ainsi, la bigamie est souvent considérée comme une forme particulière de polygamie.

Dans son acception la plus générale, la polygamie consiste dans le maintien d'un lien conjugal de plus de deux personnes. Lorsque ce lien réunit les époux en une seule entité matrimoniale ou familiale, on parle plus volontiers de polygamie. C'est l'institution acceptée par le droit islamique ou l'ancien droit matrimonial chinois. La polygamie peut aussi prendre la forme du maintien simultané de plusieurs unions conjugales indépendantes. Le cumul d'unions monogamiques par la même personne correspond alors à la conception populaire de la bigamie. Sur le plan des réalités sociales, la pratique de la polygamie, comme de la bigamie, n'exige pas la formalité du mariage. Ainsi, l'union libre de plus de deux personnes constitue de la polygamie. Cependant, sur le

plan juridique, ces notions revêtent une signification plus spécifique. En particulier, la bigamie qui se définit par rapport à l'institution légale du mariage, se distingue de la polygamie par l'exigence de liens conjugaux formels.

Si, sur le plan du droit matrimonial, l'interdiction de la bigamie remonte à l'origine du droit canon, sa répression pénale est beaucoup plus récente. En Angleterre, la prohibition criminelle de la bigamie coïncide avec les efforts entrepris au début du dix-septième siècle pour réglementer le mariage. Une loi de 1603 (1 Jac. I, chap. 11) qualifiait ce comportement de *felony*. La peine capitale était la sanction de ce nouveau crime. Les structures de l'infraction actuelle tirent leur origine de cette législation.

A. La bigamie

1) La duplication des mariages

Dans son acception juridique, la bigamie se caractérise essentiellement par le fait de passer par la formalité du mariage alors que l'un des conjoints est déjà engagé par les liens d'un mariage antérieur. C'est l'infraction décrite aux sous-alinéas (i) et (ii) de l'alinéa 254(1)*a*) du *Code criminel* canadien :

> Commet la bigamie, quiconque,
>
> *a*) au Canada,
>
> (i) étant marié, passe par une formalité de mariage avec une autre personne, [ou]
>
> (ii) sachant qu'une autre personne est mariée, passe par une formalité de mariage avec cette personne, ...

La bigamie est définie en termes d'infraction de commission, ce qui est conforme avec la logique du droit matrimonial puisque le second mariage est de toute façon frappé de nullité du fait de la bigamie. L'expression «formalité de mariage» désigne la façon générale de contracter le mariage. Il s'agit donc d'une référence aux conditions générales de forme du mariage. L'expression est d'ailleurs définie à l'article 196 du *Code* :

> «formalité de mariage» comprend une cérémonie de mariage qui est reconnue valide
>
> *a*) par la loi du lieu où le mariage a été célébré, ou
>
> *b*) par la loi du lieu où un accusé subit son procès, même si le mariage n'est pas reconnu valide par la loi du lieu où il a été célébré; ...

Cette définition ne pèche pas par excès de clarté. En fait, elle confond plus qu'elle ne précise la «formalité de mariage» visée par l'infraction de bigamie. La jurisprudence a clairement établi qu'il doit s'agir d'une cérémonie qui est reconnue par la loi comme

produisant un mariage valide[28]. Au Canada, il doit s'agir d'une célébration autorisée par les lois en vigueur dans une des provinces. En droit matrimonial, sans entrer dans les questions fort complexes de conflit de lois, disons simplement que le mariage célébré dans une province est généralement reconnu dans une autre province, lorsque les conditions de forme exigées par la loi de la province où il a été célébré, ont été respectées[29].

Dans cette perspective, l'alinéa *b*) de l'article 196 du *Code criminel* concernant la «formalité de mariage» contredit l'état du droit matrimonial. En fait, cette disposition a pour effet d'accorder une valeur à une cérémonie qui, sur le plan du droit civil, n'en a aucune. Lorsqu'une cérémonie célébrée dans une juridiction n'est pas valide au regard des lois matrimoniales de cette juridiction, il n'y a pas eu de mariage. Juridiquement, il n'y a donc pas de second mariage et, dans ces conditions, la question de la bigamie ne se pose même pas.

La légalité des conditions de forme de la cérémonie ne s'étend toutefois pas aux détails techniques ou secondaires comme l'obtention préalable d'un permis de mariage et sa présentation à l'officier célébrant[30]. En fait, la jurisprudence exige la conformité avec les conditions essentielles de forme, soit la célébration d'un rite et la publicité de la cérémonie. Cette solution concorde parfaitement avec le droit matrimonial puisque le seul manquement à une formalité spécifique n'entraîne généralement pas à elle seule, la nullité du mariage. L'absence de publication de bans peut ainsi rendre la publicité du mariage imparfaite, sans pour autant qu'il y ait défaut absolu de publicité. Ainsi, les tribunaux peuvent, dans leur pouvoir d'appréciation, conclure à la validité d'une célébration malgré cette défectuosité particulière[31].

Cet état du droit matrimonial rend également superfétatoire la prohibition de l'excuse prévue au paragraphe (5) de l'article 254 du *Code* :

> Aucun acte ou omission de la part d'un prévenu qui est inculpé de bigamie n'invalide un mariage ou une formalité de mariage autrement valide.

L'acte ou l'omission d'un accusé tendant à invalider une formalité de mariage peut porter soit sur une caractéristique essentielle de forme, soit sur un détail. Dans le premier cas, il n'y a pas eu de célébration valide de mariage. Dans le second, l'acte ou l'omission n'affecte pas la validité de la formalité du mariage. L'exclusion prévue au paragraphe 254(5) apparaît ainsi à la fois inutile et injuste. C'est au tribunal à apprécier, à la lumière des circonstances, s'il y a eu ou non célébration de mariage. Les fondements de l'infraction de bigamie reposent sur l'observation des rites de l'institution. Il importe que cet élément essentiel soit clairement établi par une preuve régulière.

---

28. *R.* v. *Howard*, [1966] 3 C.C.C. 91 (C. comté C.-B.). Voir A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 483-487, particulièrement page 484; I. Lagarde, *Droit pénal canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, p. 692 et s.

29. Pineau, *supra*, note 2, p. 49; J.-G. Castel, «Recognition of Provincial Divorces in Canada» (1978), 24 *McGill L.J.* 646; Hahlo, *supra*, note 3.

30. *R.* v. *Howard*, *supra*, note 28.

31. Sur la question des causes de nullité de mariage reliées à sa célébration, voir Pineau, *supra*, note 2, p. 63 et s.; Hahlo, *supra*, note 3.

En somme, la bigamie est commise par l'emprunt des formes d'un mariage régulier. C'est uniquement dans cette mesure qu'il y a une atteinte véritable à l'institution du mariage. Dans la bigamie, la célébration du mariage est elle-même objet de l'infraction. Les conditions de fond du mariage n'ont pas en principe à être considérées dans l'appréciation de la validité de la formalité même de mariage.

Sur le plan social, la nullité possible du second mariage pour une cause autre que la bigamie, ne fait pas disparaître la situation réelle du double mariage. Si la formalité de mariage est valide, peu importe que les époux aient été inhabiles ou non à contracter le mariage, il y a déjà atteinte à l'institution du fait de la bigamie. En réalité, dans une telle situation l'inhabilité, en raison de l'âge ou du lien de parenté par exemple, est une cause de nullité du mariage qui s'ajoute à celle de l'existence d'un mariage antérieur. Néanmoins, le législateur a cru bon de prévoir spécifiquement au paragraphe 254(3) l'exclusion d'une défense fondée sur la nullité du second mariage :

> Lorsqu'il est allégué qu'une personne a commis la bigamie, le fait que les parties auraient, dans le cas de célibataires, été inhabiles à contracter mariage d'après la loi de l'endroit où il est allégué que l'infraction a été commise, ne constitue pas une défense.

Lorsque le second mariage est célébré au Canada, ce texte peut apparaître superflu puisque le seul fait de passer par la formalité de mariage suffit pour commettre la bigamie. Les implications de cette disposition pour le second mariage célébré à l'étranger sont discutées plus loin, dans le présent document, dans un développement consacré à l'extra-territorialité de l'infraction.

2) Le mariage antérieur

La bigamie suppose, bien entendu, l'existence d'un mariage antérieur. Ce premier mariage, contrairement à l'expression «formalité de mariage», n'est pas défini dans le *Code*. Il va cependant avec la logique de l'incrimination que ce premier mariage soit reconnu valide par la loi et non dissous par la mort d'un conjoint ou par le divorce. En droit matrimonial, la validité du mariage se présume. Le *Code criminel* reprend cette présomption au paragraphe 254(4) :

> Aux fins du présent article, chaque mariage ou formalité de mariage est censée valide à moins que le prévenu n'en démontre l'invalidité.

Cette présomption de validité du premier mariage ne fut énoncée dans la loi que lors de la codification de 1953-1954. Une interprétation judiciaire excessive du fardeau de preuve de la poursuite est à l'origine de son adoption[32]. En fait, sans même être énoncée, la validité du mariage doit se présumer.

---

32. *R.* v. *Haugen*, [1923] 2 W.W.R. 709, 17 Sask. L.R. 57, 41 C.C.C. 132 (C.A. Sask.); *R.* v. *Tucker* (1953), 16 C.R. 156, 8 W.W.R. 184, 105 C.C.C. 299 (C.A. C.-B.); Lagarde, *supra*, note 28, p. 698 et s.

Ce qui importe pour l'incrimination, c'est que ce premier mariage soit une union conjugale régulière reconnue par le droit matrimonial canadien. Ainsi, que cette union ait été célébrée au Canada ou à l'étranger, elle sera considérée valide si elle est conforme aux caractéristiques de fond et aux conditions minimales de forme de l'institution[33]. Dans ce contexte, il n'est que normal de pouvoir démontrer l'invalidité du premier mariage afin de nier son existence. Cette solution est non seulement compatible avec l'esprit de l'incrimination, mais aussi avec celui du droit matrimonial.

En common law, le mariage, qui par suite d'un manquement à une condition essentielle est nul par opposition au mariage annulable, peut être considéré par les époux comme inexistant[34]. Au point de vue pratique, ceci implique qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir une déclaration judiciaire de la nullité du mariage. Par contre, en droit civil, la solution est différente puisque l'intervention judiciaire est exigée dans tous les cas. Néanmoins, sur le plan théorique, le mariage frappé de nullité est censé n'avoir jamais existé. Aussi, lorsque la bigamie est invoquée en droit civil, le tribunal doit-il trancher au préalable la question de la validité du premier mariage en l'absence d'un jugement en nullité[35].

On conçoit aisément que le fardeau de démontrer l'invalidité d'un mariage non dissous par les voies officielles puisse reposer sur l'accusé. Par contre, l'inexistence du mariage qui résulte du décès d'un conjoint, d'un jugement en divorce ou d'un prononcé judiciaire en nullité constitue une fin de non-recevoir complète à l'accusation de bigamie. En fait, dans ces situations, la poursuite est dans l'impossibilité de prouver l'existence d'un premier mariage. Les précisions apportées aux alinéas *a*), *c*) et *d*) du paragraphe 254(2) sont à cet égard totalement inutiles :

> Nulle personne ne commet la bigamie en passant par une formalité de mariage,
>
> *a*) si elle croit de bonne foi, et pour des motifs raisonnables, que son conjoint est décédé;
>
> ...
>
> *c*) si cette personne a été par divorce libérée des liens du premier mariage; ou
>
> *d*) si le mariage antérieur a été déclaré nul par une cour compétente.

En l'absence d'une preuve formelle de décès d'un premier conjoint, la croyance de bonne foi dans ce décès, même si elle est erronée, peut constituer une défense valable d'erreur de fait qui sera appréciée par les tribunaux à la lumière des règles générales sur cette défense. Les propositions de la Commission de réforme du droit,

---

33. Pineau, *supra*, note 2, p. 49; *R.* v. *Bleiler* (1912), 4 Alta. L.R. 320, 2 W.W.R. 5, 19 C.C.C. 249, 1 D.L.R. 878 (C.A. Alb.); *R.* v. *Naguib*, [1917] 1 K.B. 359 (R.-U.); *R.* v. *Moscovitch* (1927), 20 Cr. App. R. 121 (R.-U.); *R.* v. *Foster*, [1935] 8 M.P.R. 10, 62 C.C.C. 263, [1935] 1 D.L.R. 252 (C.A. N.-B.). *R.* v. *Griffin* (1879), 14 Cox. C.C. 308; *R.* v. *Debard* (1918), 44 O.L.R. 427, 31 C.C.C. 122 (C.A. Ont.). Ces arrêts concernent surtout la preuve de mariage contracté à l'étranger, mais confirment implicitement les conditions de reconnaissance de ce genre de mariages au Canada.

34. Hahlo, *supra*, note 3, p. 4.

35. Pineau, *supra*, note 2, p. 57-59, 62-63 et la doctrine qui y est citée et discutée.

dans le document de travail 29 sur la partie générale du *Code criminel*, offrent une solution adéquate qui rend superflues les précisions de l'article 254[36]. De même, l'erreur de droit équivalente à une erreur de fait est désormais admise par la jurisprudence[37]. Aussi, l'accusé de bigamie qui croit erronément, mais pour des motifs raisonnables, que le premier mariage a été dissous par un jugement en divorce ou en nullité, peut efficacement présenter cette défense dans l'état actuel de notre droit[38].

Il est donc inutile dans la définition de l'infraction de définir des moyens de défense qui relèvent plutôt de la partie générale du *Code criminel*. Les propositions de la Commission sont d'ailleurs complètes sur ce sujet.

Le cas d'inexistence du premier mariage fondé sur l'absence du conjoint prévu à l'alinéa 254(2)*b*) constitue une particularité qui appelle quelques précisions. En droit matrimonial, le conjoint d'un absent ne peut se remarier à moins de fournir la preuve certaine du décès de son époux absent. Si les circonstances l'autorisent, un jugement déclaratif de décès peut constituer une telle preuve. Un tel jugement permet ainsi un second mariage. Cependant, tant en droit civil qu'en common law, la réapparition de l'absent entraîne la nullité du second mariage qui avait été légalement contracté et fait renaître le premier mariage. En common law, l'absence continue d'une personne pendant sept années consécutives crée une présomption de décès. Il importe cependant qu'il s'agisse d'un absent au sens juridique du terme, c'est-à-dire une personne au sujet de laquelle on est sans nouvelle et dont on ne sait si elle est vivante ou morte. La défense proposée à l'alinéa 254(2)*b*) du *Code* s'inspire de cette présomption :

> Nulle personne ne commet la bigamie en passant par une formalité de mariage,
>
> ...
>
> *b*) si le conjoint de cette personne a été continûment absent pendant les sept années qui ont précédé le jour où elle passe par la formalité de mariage, à moins qu'elle n'ait su que son conjoint était vivant à un moment quelconque de ces sept années; ...

L'accusé qui s'est délibérément abstenu de s'enquérir de l'existence de son conjoint peut cependant être considéré comme de mauvaise foi et ne pouvant pas bénéficier de cette présomption[39].

---

36. Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982, p. 88 et s., particulièrement pages 89 et 94.

37. *R.* c. *Prue et Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547, 46 C.C.C. (2d) 257, 8 C.R. (3d) 68; *Pappajohn* c. *La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, [1980] 4 W.W.R. 387, 14 C.R. (3d) 243, 52 C.C.C. (2d) 481, 111 D.L.R. (3d) 1.

38. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36, p. 89 et 155, renvoi 93; *R.* v. *Gould*, [1968] 2 Q.B. 65, 52 Cr. App. R. 152 (C.C.A.) et *R.* v. *Woolridge* (1979), 49 C.C.C. (2d) 300 (C. Prov. Sask.); *R.* v. *Haugen*, *supra*, note 32 (croyance en la nullité du mariage); Mewett et Manning, *supra*, note 28, p. 486 et le commentaire sur l'article 254, dans *Martin's Annual Criminal Code 1983*, Toronto, Canada Law Book, 1983, p. 287.

39. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36, p. 84-85.

La défense particulière prévue à l'alinéa 254(2)*b*) n'a plus sa place dans le *Code* actuel. D'une part, cette disposition s'articule mal à l'état du droit matrimonial. Ensuite elle apparaît superfétatoire face au régime actuel de l'erreur de fait et de l'erreur de droit.

L'absence en tant que tel ne dissout pas le mariage. C'est essentiellement le décès du conjoint, établi ou présumé, qui peut être une cause de dissolution. La personne dont le conjoint absent réapparaît après l'obtention d'un jugement déclaratif de décès et son remariage, peut certainement présenter une défense générale d'erreur de fait. Il faut également noter que le divorce dissout le mariage[40].

En droit matrimonial, le remariage n'est possible que selon les conditions et les formalités prescrites par les législations provinciales[41]. La preuve que ces conditions ont été respectées et que ces formalités ont été remplies constitue une circonstance que le tribunal peut apprécier dans la détermination de la sincérité de la croyance erronée d'un accusé dans la dissolution de son premier mariage par le décès présumé ou déclaré de l'absent. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable que le droit criminel s'éloigne à ce sujet du régime du droit matrimonial.

D'autre part, si la croyance d'un accusé repose sur une interprétation fautive mais sincère des effets juridiques de l'absence elle-même, le droit actuel ne nie pas à l'accusé la possibilité de se disculper. En effet, l'erreur sur une règle de droit civil constitue un moyen de défense lorsque la connaissance de cette règle est un élément essentiel du *mens rea* requis à l'égard de l'infraction reprochée[42]. L'accusé de bigamie qui, sans pouvoir se prononcer sur la survivance de son conjoint absent, croit sincèrement que cette absence dissout à elle seule les liens de son premier mariage, pose un jugement fautif qui porte un élément essentiel du *mens rea* de bigamie. Si toutes les conditions de son application sont respectées, la défense d'erreur de droit demeure disponible pour cet accusé. La Commission de réforme du droit propose d'ailleurs dans le document de travail 29 (article 10) une codification de cette solution jurisprudentielle qui rend superfétatoire la précision du cas particulier de l'alinéa 254(2)*b*).

---

40. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, al. 4(1)c).

41. Notons que les lois provinciales sur la cérémonie du mariage prévoient presque toutes les formalités spéciales en cas d'absence afin de permettre au conjoint abandonné de se remarier légalement. Île-du-Prince-Édouard : *Marriage Act*, R.S. P.E.I. 1974, chap. M-5, art. 21; Québec : Code civil du Bas-Canada, art. 70-73, 93, 94 et 108; Ontario : *Marriage Act*, R.S.O. 1980, chap. 256, art. 9; Manitoba : *Loi sur le mariage*, C.P.L.M., chap. M50 (S.M. 1982-83-84, chap. 57), art. 23; Saskatchewan : *The Marriage Act*, R.S.S. 1978, chap. M-4, art. 14(3), 29(3) et 36; Alberta : *Marriage Act*, R.S.A. 1980, chap. M-6, art. 20(1) et (2); Colombie-Britannique : *Marriage Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 251, art. 40; Yukon : *Marriage Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, chap. M-3, art. 42; Territoires du Nord-Ouest : *Marriage Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, chap. M-5, art. 42. Les provinces de Terre-Neuve, de Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ne semblent cependant pas avoir de dispositions similaires dans leurs législations.

42. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36, p. 90 et plus généralement pages 88-96. Voir aussi, *supra*, note 38.

3) La preuve des mariages

Les dispositions relatives à la preuve devraient être enlevées de la partie du *Code criminel* traitant des infractions. La Commission a déjà suggéré que ces dispositions soient regroupées et intégrées à un code sur la preuve ou une partie spéciale du *Code criminel*.

L'article 255 illustre l'incohérence du *Code* en prévoyant dans une même disposition la qualification criminelle de la bigamie (par. 255(1)) et un mode de preuve du mariage et de la formalité de mariage (par. 255(2)). Le bien-fondé du paragraphe 255(2) n'est pas remis en question, cependant cette disposition n'a pas sa place dans la définition de l'infraction.

4) Les situations visées au sous-alinéa 254(1)*a*)(iii)

Le *Code criminel* prévoit une troisième façon de commettre la bigamie. Le sous-alinéa 254(1)*a*)(iii) précise en effet que :

> Commet la bigamie, quiconque,
>
> *a*) au Canada,...
>
> (iii) le même jour ou simultanément, passe par une formalité de mariage avec plus d'une personne; ...

Cette disposition vise en réalité deux situations distinctes. Tout d'abord, si une personne passe par la formalité du mariage avec plus d'une personne le même jour, il y a de fortes chances pour qu'elle passe en réalité par deux formalités de mariage. Dans un tel cas, le premier mariage est juridiquement valide, la seconde formalité de mariage constituant alors la bigamie. C'est la situation déjà visée au sous-alinéa 254(1)*a*)(i). L'autre situation décrite par cet article correspond à la personne qui passerait par une seule formalité de mariage simultanément avec plus d'une personne. Une telle situation est juridiquement impossible sur le plan du droit matrimonial canadien. Il n'existe pas de «cérémonie de mariage reconnue valide au Canada» pour une union de plus de deux personnes.

Cet article vise donc en fait la polygamie. Par une acrobatie juridique, on pourrait toujours prétendre que cette incrimination vise essentiellement les polygames qui, pour s'unir, utilisent les formes extérieures de la cérémonie de mariage à l'insu ou avec la collusion du célébrant. Mais dans le premier cas, on doit supposer qu'en apparence et officiellement il n'y a qu'un seul mariage monogamique qui est célébré. Dans le second cas, le mariage ne peut revêtir aucun caractère officiel et constitue au mieux une caricature de cérémonie.

En réalité, le sous-alinéa 254(1)*a*)(iii) n'a un sens que si l'on accorde un effet d'extra-territorialité à l'infraction de bigamie. Cette disposition aurait alors pour effet

d'interdire à un Canadien de contracter un mariage qui le rendrait polygame dans une juridiction étrangère où une telle cérémonie de mariage serait reconnue valide. La pertinence d'une telle prohibition est discutée plus loin dans la partie consacrée à la polygamie.

5) L'extra-territorialité de la bigamie

La bigamie décrite aux sous-alinéas 254(1)*a*)(i) et (ii) se concrétise par le fait de passer par la formalité de mariage. Cette formalité peut s'accomplir soit au Canada, soit même à l'étranger par l'effet de l'alinéa 254(1)*b*) :

> Commet la bigamie, quiconque,
>
> ...
>
> *b*) étant un citoyen canadien résidant au Canada, quitte ce pays avec l'intention d'accomplir une chose mentionnée aux sous-alinéas *a*)(i) à (iii) et, selon cette intention, accomplit hors du Canada une chose mentionnée auxdits sous-alinéas dans des circonstances y désignées.

Le mariage célébré à l'étranger produit, à certaines conditions, des effets juridiques au Canada et confère généralement aux époux un statut conjugal valide. Cet état de choses et la nature même du statut conjugal dans la société justifient l'extra-territorialité de l'infraction de bigamie.

En droit civil, le second mariage célébré à l'étranger sans la dissolution d'un mariage antérieur valide ne sera pas reconnu valide au Canada même si l'État où il est célébré reconnaît la pluralité des mariages. Sur le plan des valeurs, la seconde cérémonie de mariage célébrée à l'étranger porte atteinte à l'institution au même titre que la seconde cérémonie célébrée au Canada. Dans les cas de bigamie prévus aux sous-alinéas (i) et (ii), l'infraction sera consommée par l'accomplissement de la formalité de mariage à l'étranger. Pour qu'il s'agisse véritablement d'une atteinte à l'institution, il n'est que normal d'exiger que cette cérémonie en soit une reconnue selon la loi du lieu de célébration. La définition de «formalité de mariage» à l'alinéa *b*) de l'actuel article 196 va cependant au-delà et confère implicitement à une cérémonie invalide célébrée à l'étranger une portée exceptionnelle. Cette situation nous apparaît injustifiée à la lumière du droit matrimonial et des fondements de l'incrimination.

Certains problèmes ne peuvent manquer de surgir lorsque les conditions de forme de la *lex loci celebrationis* sont totalement étrangères aux conditions minimales de forme exigées en droit canadien, soit en particulier la célébration d'un rite et la publicité du mariage. Les lacunes du droit actuel doivent à cet égard être corrigées. Il importe que la formalité de mariage, au Canada comme à l'étranger, corresponde au moins aux conditions de forme capable de produire des effets juridiques.

L'alinéa 254(1)*b*) spécifie que seul un citoyen canadien résidant au Canada peut commettre la bigamie à l'étranger. Cette précision du sujet de droit pour une infraction extra-territoriale est appropriée. Cependant, le résidant permanent en situation régulière au Canada se trouve exclu du champ d'application de la loi. Cette situation est sans

doute un oubli car le résidant permanent, dans l'attente de la citoyenneté canadienne, est, en principe, sujet de droit à toutes les lois du pays. Plus encore, l'octroi de cette citoyenneté est subordonné à l'adoption et au respect des institutions canadiennes. Il serait normal d'adapter cette disposition en conséquence.

La bigamie commise à l'étranger comporte un élément additionnel qui caractérise substantiellement l'infraction. En effet, le *Code* exige qu'antérieurement à la commission de la bigamie à l'étranger, le contrevenant ait déjà l'intention spécifique de commettre l'infraction lors de son départ du Canada. Cette exigence est exorbitante puisque, outre la difficulté de preuve, elle suppose un dessein continu qui ne concorde pas nécessairement avec la réalité psychologique de la commission de la bigamie. Les raisons qui ont présidé à la formulation de cette exigence se discernent difficilement. Dans le cas visé au sous-alinéa 254(1)*a*)(i), la personne mariée au Canada a déjà des obligations matrimoniales claires qui lui interdisent de se remarier à l'étranger. L'exigence d'une intention spécifique lors de son départ du Canada lui confère à toutes fins pratiques une impunité qui enlève toute signification à l'alinéa 254(1)*b*).

Pour les situations décrites aux sous-alinéas (ii) et (iii) de l'alinéa 254(1)*a*) du *Code*, l'exigence d'une intention spécifique a pour effet de limiter également la répression de la bigamie. Contrairement au sous-alinéa (i), les situations visées par ces deux alinéas concernent plutôt une personne qui n'est pas déjà mariée au Canada. Il en résulte que l'exigence d'une intention spécifique réduit en pratique la répression de la bigamie aux seuls cas où un célibataire quitte le pays avec l'intention précise de contracter un mariage qui le rendrait polygame ou d'épouser à l'étranger une personne déjà mariée. La jurisprudence ne révèle aucune situation de ce genre. Il est vrai que dans ces derniers cas, il n'y a pas en pratique une menace ou un affront à une union conjugale contractée au Canada et l'institution atteinte, s'il y a atteinte, est plutôt l'institution du pays étranger.

La portée extra-territoriale de l'infraction de bigamie est, somme toute, extrêmement limitée. Sauf dans le cas d'existence d'un premier mariage au Canada, situation visée au sous-alinéa 254(1)*a*)(i), l'on s'interroge vainement sur la nécessité, voire même l'utilité, de la dimension extra-territoriale de l'alinéa 254(1)*b*)[43].

---

43. La compétence législative du Parlement fédéral au regard de l'alinéa 254(1)*b*) du *Code criminel* fut contestée à plus d'une reprise, à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle.

Le *Statut de Westminster de 1931*, trancha définitivement la question en prévoyant expressément le plein pouvoir pour le Parlement d'un Dominion «d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale». La *Loi d'interprétation* fédérale réaffirme cette compétence à son paragraphe 8(3).

À cet effet, l'alinéa 254(1)*b*) fut déclaré *intra vires* des pouvoirs du Parlement dans presque tous les cas de jurisprudence ainsi que dans la doctrine.

L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1871* constitue la source la plus citée. Le préambule de cet article accorde au Parlement fédéral le pouvoir «de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada». Plusieurs juges et auteurs ont reconnu dans ces quelques mots la justification de l'alinéa 254(1)*b*). Voir à cet effet : *R.* v. *Brinkley* (1907), 14 O.L.R. 434, 12 C.C.C. 454 (C.A. Ont.); *Croft* v. *Dunphy* (1932), 59 C.C.C. 141, [1933] A.C. 156, 1 D.L.R. 225, P. C. Doherty, «Extra-territorial Bigamy» (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 251, p. 254-255.

B. La polygamie

Contrairement à la bigamie, l'infraction de polygamie de l'article 257 du *Code criminel* a été introduite dans notre droit beaucoup plus récemment. À dire vrai, c'est à l'époque de la codification à la fin du siècle dernier que le législateur estima nécessaire la répression de cette pratique particulière. Il est indéniable que la législation canadienne a subi à cette époque l'influence du droit américain qui tentait d'enrayer par le droit pénal une recrudescence de la pratique de la polygamie parmi les membres de la communauté mormone, particulièrement dans l'État de l'Utah[44].

La polygamie ne correspondant à aucune institution dans notre droit, le législateur a été contraint de la définir en des termes laborieux qui constituent un monument de lourdeur juridique :

> **257.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque
>
> *a)* pratique ou contracte, ou d'une façon quelconque accepte ou convient de pratiquer ou de contracter,
>
> (i) la polygamie sous une forme quelconque, ou
> (ii) une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois,
>
> qu'elle soit ou non reconnue par la loi comme une formalité de mariage qui lie; ou
>
> *b)* célèbre un rite, une cérémonie, un contrat ou un consentement tendant à sanctionner un lien dont fait mention le sous-alinéa *a)*(i) ou (ii), ou y aide ou participe.
>
> (2) Lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée au présent article, il n'est pas nécessaire d'affirmer ou de prouver, dans l'acte d'accusation ou lors du procès du prévenu, le mode par lequel le lien allégué a été contracté, accepté ou convenu. Il n'est pas nécessaire non plus, au procès, de prouver que les personnes ayant, d'après l'allégation, contracté le lien ont eu, ou avaient l'intention d'avoir, des rapports sexuels.

Malgré la généralité des termes utilisés, la jurisprudence a estimé que cette disposition ne visait pas l'adultère même lorsque ceux qui le commettent cohabitent[45]. En fait, il n'y a eu que fort peu de condamnations pour polygamie dans l'histoire canadienne. Le cas classique a été celui d'un Amérindien qui, ne suivant que les coutumes de sa tribu, fut néanmoins puni pour avoir deux épouses[46].

---

44. American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries*, Philadelphie, American Law Institute, 1980, Partie II, art. 220.1 à 230.5 (1980) p. 368 et s.; voir également *supra*, note 16. À certaines reprises, les tribunaux canadiens ont précisé que l'objet et la raison d'être de l'article interdisant la polygamie résidaient dans la répression du mormonisme : *R.* v. *Liston* (1893), 34 C.L.J. 546n (Ont.); *Dionne* v. *Pépin* (1934), 72 C.S. 393, 40 R. de Jur. 443 (C.S. Qué.).

45. *R.* v. *Tolhurst and Wright*, [1937] O.R. 570, 3 D.L.R. 808, 68 C.C.C. 319 (C.A. Ont.).

46. *R.* v. *Bear's Shin Bone* (1899), 4 Terr. L.R. 173, 3 C.C.C. 329 (C.S. T.N.O.); la seule autre cause rapportée concernait également un Amérindien: *R.* v. *Harris* (1906), 11 C.C.C. 254 (C.S. Qué.).

La polygamie est une pratique marginale qui ne correspond à aucune réalité juridique ou sociologique significative au Canada. La polygamie de fait peut être pratiquée par un certain nombre de Canadiens. Les communautés hippies dans les années soixante ont parfois prôné l'union libre à plusieurs partenaires. Néanmoins, tout ceci demeure marginal et n'affecte ni le tissu social canadien ni l'institution du mariage.

D'autre part, la polygamie commise à l'étranger n'a en principe aucune valeur en droit matrimonial. Néanmoins, en droit civil les tribunaux ont dû parfois, pour diverses fins, reconnaître son existence ou lui attribuer certains effets[47]. Aussi nos institutions civiles apparaissent-elles suffire pleinement à prévoir et à maîtriser le phénomène de la polygamie. Comme l'adultère ou le concubinage, ce comportement, qui ne concurrence pas au Canada l'institution du mariage monogamique, devrait être ignoré par le droit pénal.

II. Les atteintes à la célébration du mariage

Les atteintes à la célébration du mariage concernent essentiellement les conditions de forme de l'institution.

A. Le mariage feint

Le paragraphe 256(1) du *Code* énonce l'incrimination de mariage feint sans toutefois préciser le sens de cette expression :

> Quiconque obtient ou sciemment aide à obtenir un mariage feint entre lui-même et une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans.

Le second paragraphe de l'article exige la corroboration du témoin unique dans la preuve du mariage feint. Le silence de la jurisprudence et de la doctrine à propos de cette infraction est significatif. Elle est en fait tombée en complète désuétude et ne correspond plus à aucun comportement que l'on puisse clairement stigmatiser. Le mariage feint est un mariage simulé. Dans cette perspective, cette infraction peut s'apparenter

---

47. Voir généralement sur ces questions : Hartley, *supra*, note 4; Marasinghe, *supra*, note 4; C. A. Weston, «Polygamous and Monogamous Mariages — Bigamy» (1965), 28 *Modern L. Rev.* 484; K. L. Koh, «Attorney-General of Ceylon v. Reid — The Malayan Experience» (1966), 29 *Modern L. Rev.* 88; S. W. Bartholomew, «The Origin and Development of the Law of Bigamy» (1958), 74 *L.Q.R.* 259; «Polygamous Marriages and English Criminal Law» (1954), 17 *Modern L. Rev.* 344; «Recognition of Polygamous Marriages in Canada» (1961), 10 *Int'l. and Comp. L.Q.* 305.

à une fraude dans l'observation des rites du mariage. Il peut s'agir aussi d'une fraude vis-à-vis l'autre conjoint qui est ainsi appelé à former une union libre alors qu'il croyait se marier.

Lors de nos consultations, quelques personnes se sont interrogées sur le lien pouvant exister entre le mariage feint et le fait, pour certains individus de nationalité étrangère, de se marier avec une personne canadienne dans le but spécifique de pouvoir s'établir au Canada et ceci sans avoir l'intention de faire vie commune avec ce nouvel époux. Il pourrait certes s'agir là d'une forme de mariage «feint». Toutefois, la jurisprudence et les auteurs en droit matrimonial semblent partagés quant à la validité à donner à de tels mariages. Des arrêts récents maintiennent le lien du mariage même lorsque le sérieux du consentement fait défaut[48]. Il convient d'ajouter que le *Règlement sur l'immigration de 1978* a été modifié en 1984[49], afin de

> refuser le privilège de parrainage aux conjoints qui se sont mariés principalement dans le but de se faire admettre au Canada à titre de personnes appartenant à la catégorie de la famille et à refuser un visa d'immigrant aux personnes qui se fiancent principalement dans le même but[50].

En général, les lois sur le mariage sont suffisamment précises pour prévenir les fraudes ou les contrefaçons dans les formalités de la cérémonie de mariage[51]. Ainsi, la plupart des législations prévoient que le célébrant doit s'assurer de l'identité des

---

48. J. Pineau, *supra*, note 2, p. 27.

49. *Règlement sur l'immigration de 1978* — Modification *Gazette du Canada, Partie II*, Vol. 118, n° 4 (22 février 1984), p. 825.

50. *Id.*, note explicative, p. 826.

Voir aussi le règlement modificateur qui se lit ainsi :

> 1. (1) Le passage du paragraphe 4(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* qui précède l'alinéa *a*) est abrogé et remplacé par ce qui suit :
>
> «4. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout citoyen canadien ou résident permanent âgé d'au moins dix-huit ans et résidant au Canada peut parrainer une demande de droit d'établissement présentée par»
>
> (2) L'article 4 dudit règlement est modifié par adjonction de ce qui suit :
>
> «(3) L'alinéa (1)*a*) ne s'applique pas au conjoint qui s'est marié principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada à titre de membre de la catégorie de la famille et non avec l'intention de vivre en permanence avec son conjoint.»
>
> 2. L'alinéa 6(1)*d*) dudit règlement est abrogé et remplacé par ce qui suit :
>
> «*d*) si, dans le cas d'une fiancée,
>
> (i) le répondant et la fiancée comptent vivre ensemble en permanence après le mariage et ne se sont pas fiancés principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada de la fiancée à titre de membre de la catégorie de la famille,
>
> (ii) il n'y a aucun obstacle juridique au mariage prévu du répondant et de la fiancée, en vertu des lois de la province où ils comptent résider, et
>
> (iii) le répondant et la fiancée ont convenu de s'épouser dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'admission de la fiancée.»

Note : L'article 6 du Règlement concerne les demandes de visa d'immigrant.

51. Voir *supra*, note 45. Toutes les lois provinciales ne sont évidemment pas uniformes et si certaines provinces prévoient dans le détail les formalités techniques qui entourent la célébration du mariage, d'autres sont presque muettes sur la question.

futurs époux. Il y a même des dispositions réprimant les fausses déclarations, la falsification des registres et du permis de mariage, ainsi que l'utilisation non autorisée d'un tel permis.

Le mariage simulé quant à la forme n'a aucune signification juridique en droit matrimonial et, à supposer qu'une personne puisse se faire leurrer par un mariage feint, les recours civils offrent une réponse adéquate pour redresser le tort qui aurait pu être ainsi causé.

B. La célébration illicite du mariage

Sous cette appellation générique, le *Code criminel* décrit deux types d'infractions : la célébration du mariage sans autorisation et le mariage célébré en contravention de la loi. La célébration du mariage sans autorisation définie à l'article 258 n'est pas un mariage. Il s'agit essentiellement du cas où le célébrant n'a aucune autorité pour célébrer quelque mariage que ce soit :

> Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque
>
> *a*) célèbre ou prétend célébrer un mariage sans autorisation légale, dont la preuve lui incombe, ou
>
> *b*) amène une personne à célébrer un mariage, sachant que cette personne n'est pas légalement autorisée à le célébrer.

À l'article 259, la célébration du mariage en contravention de la loi vise plutôt l'officiant habilité par la loi à célébrer un mariage mais qui agit en quelque sorte sans juridiction :

> Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque, étant légalement autorisé à célébrer le mariage, célèbre sciemment et volontairement un mariage en violation des lois de la province où il est célébré.

L'autorité d'une personne à célébrer un mariage et les conditions dans lesquelles cette célébration peut être réalisée sont définies par la législation provinciale. Les provinces possèdent sur le plan constitutionnel une compétence législative exclusive en matière de célébration du mariage. En pratique, les modalités de commission des infractions décrites aux articles 258 et 259 du *Code criminel* ne peuvent donc se définir qu'en rapport avec les textes législatifs provinciaux pertinents[52]. Cette référence au droit provincial peut, particulièrement dans l'application de l'article 259, rendre incertaine

52. Sur la compétence constitutionnelle des provinces en matière de célébration du mariage voir : F. Chevrette et H. Marx, *Droit Constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 656-661; L. Katz, «The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage» (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 384; F. J. E. Jordan, «The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution» 14 *McGill L.J.* 209.

la portée de l'incrimination. Dans l'affaire *Boggs*[53], la Cour suprême a déclaré *ultra vires* une infraction criminelle qui, à cause des impondérables résultant de la variété des législations provinciales, ne présentait plus l'objectif de répression d'un mal public clairement identifiable. On peut certainement s'interroger sur le mal que veut enrayer l'article 259 du *Code*.

Les atteintes visées par les infractions à la célébration de mariage ne justifient plus guère aujourd'hui l'intervention du droit pénal. D'une part, les problèmes de clandestinité et d'irrégularité du mariage qui avaient présidé à leur création ne sont plus que chose du passé. D'autre part, le droit matrimonial moderne apporte une réponse complète aux difficultés soulevées par les comportements prohibés.

Le mariage sans autorisation, tout comme le mariage feint, n'est qu'un simulacre de mariage qui ne peut plus compromettre l'institution. La contrefaçon ou l'altération des documents qui peuvent accompagner ces actes, sont sanctionnés par d'autres dispositions spécifiques plus adéquates.

Le mariage en contravention de la loi concerne en définitive les lois sur le mariage. Celles-ci présentent un régime complet qui règlemente les rites et les formalités de la cérémonie. Les manquements à ces prescriptions législatives peuvent être sanctionnés efficacement par diverses mesures qui vont de la nullité du mariage à la sanction disciplinaire du célébrant.

Les atteintes à la cérémonie du mariage relèvent plus de la réglementation que de la répression. Les législations provinciales apportent à cet égard une réponse amplement suffisante qui fait disparaître les fondements de l'intervention du droit pénal.

---

53. *Boggs* v. *The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 7, 19 C.R. (3d) 245, [1981] 1 R.C.S. 49, 120 D.L.R. (3d) 718, 34 N.R. 520, 8 M.V.R. 247.

CHAPITRE TROIS

La réforme

I. La nécessité de réforme

La législation pénale relative au mariage et à sa célébration est intimement reliée à l'évolution du droit matrimonial au cours des siècles. Les diverses infractions du *Code criminel* se sont stratifiées à une époque où la répression pouvait s'avérer la seule réponse efficace à certains comportements qui menaçaient l'institution du mariage et les structures fondamentales de la société elle-même.

Cependant, les sociétés ont évolué et le droit matrimonial s'est précisé. Souvent les lacunes qui permettaient le développement de comportements fautifs ont été comblées. Les idées et les valeurs ont, avec la facilité des communications et la multiplication des échanges, également évolué. Les jugements contemporains sur l'adultère, le concubinage ou la polygamie ne sont certainement plus ce qu'ils étaient à l'époque victorienne. Aussi, peut-être plus que pour toute autre infraction, la réforme et la modernisation du *Code* en ce qui concerne les crimes matrimoniaux apparaissent-elles comme une impérieuse nécessité.

II. Propositions de réforme

L'infraction de bigamie demeure la seule atteinte au mariage qui justifie encore, selon nous, la sanction du droit pénal. Les lois provinciales sur la cérémonie du mariage, sans être uniformes, renferment des dispositions dont le but s'apparente à celui visé à l'article 254 du *Code criminel*. Seul le Québec cependant énonce de façon expresse l'interdiction de contracter un second mariage avant la dissolution du «premier»[54]. Les provinces de common law et les territoires se limitent aux conditions de forme. Ainsi,

54. Code civil du Bas-Canada, art. 118 et *Code civil* du Québec, art. 404 (non en vigueur).

ils énumèrent les déclarations et les documents devant être produits aux fins d'une cérémonie de mariage, notamment en cas d'un divorce précédent, de l'annulation d'un mariage antérieur et du décès ou de l'absence d'un conjoint[55].

Malgré la présence des dispositions provinciales, nous croyons qu'il soit nécessaire d'inclure un article sur la bigamie dans le *Code criminel*, d'abord en raison de la nature de cette infraction et ensuite afin d'assurer une uniformité à travers le Canada.

La gravité intrinsèque de l'atteinte qui suppose l'utilisation de la célébration d'un mariage valide et le caractère répréhensible de ce comportement tant à l'égard de la société que du conjoint-victime fondent le maintien du crime de bigamie dans la législation canadienne.

Cependant, ces justifications ne conservent toute leur acuité que pour la bigamie qui implique les formalités de mariage pouvant produire un mariage valide. Par conséquent, l'infraction de bigamie devrait se limiter à la répression des seules situations décrites aux sous-alinéas (i) et (ii) de l'alinéa 254(1)*a*) du *Code* actuel. L'union visée par le sous-alinéa (iii) de l'infraction actuelle ne correspond pas à une célébration valide de mariage et ne revêt aucune valeur juridique. Quant aux formes de bigamie des sous-alinéas (i) et (ii), elles peuvent certainement être commises le même jour si bien que cette spécification est totalement inutile.

Le mariage antérieur n'est pas défini dans le *Code* actuel. La jurisprudence ne répond malheureusement pas à toutes les interrogations que soulèvent le concept du mariage antérieur. À première vue, il serait normal de considérer le premier mariage comme devant être un mariage reconnu comme valide au Canada. C'est la solution retenue par le droit matrimonial. Cependant, ceci implique clairement que le mariage valide à l'étranger, mais considéré invalide au Canada, ne constitue pas un premier mariage pour les fins de la bigamie. Sur le plan des politiques pénales, ceci apparaît un concept suffisant qui couvre les principaux cas constituant une atteinte véritable à l'institution du mariage au Canada. De plus, la régression de la polygamie légale dans le monde et la rareté des mariages étrangers qui ne coïncident pas avec les caractéristiques essentielles de l'institution en droit canadien convainquent de l'inutilité de vouloir étendre le concept de «premier mariage». La définition de la bigamie, en faisant référence à un premier mariage valide au Canada, fait preuve ainsi de modération et de réalisme.

---

55. Terre-Neuve : *The Solemnization of Marriage Act*, S.N. 1974, n° 81, art. 15(1) et 22; Île-du-Prince-Édouard : *Marriage Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-5, art. 16 et 21; Nouvelle-Écosse : *Solemnization of Marriage Act*, C.S.N.S. chap. S-25, art. 14; Nouveau-Brunswick : *Loi sur le mariage*, L.R.N.B. 1973, chap. M-3, al. 16(1)*b*) et *e*); Ontario : *Marriage Act*, R.S.O. 1980, chap. 256, art. 1(2), 8 et 9; Manitoba : *Loi sur le mariage*, C.P.L.M., chap. M50 (S.M. 1982-83-84, chap. 57), art. 21 et 23; Saskatchewan : *The Marriage Act*, R.S.S. 1978, chap. M-4, art. 14(4)(5), 29(2)(3) et 36; Colombie-Britannique : *Marriage Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 251, art. 39 et 40; Territoires du Nord-Ouest : *Marriage Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, chap. M-5, art. 24(4), 41, 42 et 43; Yukon : *Marriage Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, chap. M-3, art. 24(3), 41, 42 et 43.

Notons que le Québec contient des dispositions analogues : Code civil du Bas-Canada, art. 7.1 et 108 et *Code civil* du Québec, art. 417.

La formalité de mariage par laquelle se concrétise la bigamie est définie dans le *Code* actuel. Cette définition fait référence en réalité aux conditions de forme du mariage, à la célébration elle-même. Dans le droit matrimonial actuel, deux qualités essentielles caractérisent la formalité de mariage : la célébration d'un rite et sa publicité. La définition de l'article 196 devrait en tenir compte par l'adjonction du qualificatif «publique» à la suite du mot cérémonie. Le paragraphe 196 *b*) concernant la «formalité de mariage» ne correspond ni à l'état du droit matrimonial ni surtout à l'esprit et aux fondements de l'incrimination. Cette partie de la définition est à exclure.

Pour que l'effet extra-territorial de l'infraction de bigamie ait une certaine portée pratique, il importerait d'abolir l'exigence de l'intention spécifique du contrevenant à son départ du Canada. Une telle mesure de réforme va cependant dans le sens d'une extension de la portée de l'incrimination, et mérite pour cette raison d'être considérée avec modération.

En définitive, l'extra-territorialité de l'infraction de bigamie n'est pleinement justifiée que pour protéger un mariage déjà existant au Canada. C'est en se fondant sur la réalité d'une union conjugale concrète que la protection de l'institution du mariage au Canada a du sens. Aussi, l'effet d'extra-territorialité ne devrait-il viser que le cas d'une personne qui a déjà un statut conjugal au Canada et qui, malgré sa situation, décide de passer par une formalité de mariage à l'étranger. C'est là seulement que réside l'atteinte véritable à l'institution au Canada. Cependant, pour que cette protection soit efficace, il ne convient pas d'exiger une intention spécifique au départ du Canada. Non seulement une telle exigence est irréaliste, mais le fardeau de preuve qu'elle implique est par trop exorbitant.

Enfin, le Canada est un pays d'accueil où de nombreux immigrants souhaitent s'intégrer à sa société et bénéficier de ses lois. Il est donc équitable et normal que l'effet extra-territorial réduit de la bigamie ne se limite pas aux seuls citoyens canadiens, mais s'applique aussi aux résidants permanents dans l'attente de leur citoyenneté.

L'inutilité du paragraphe (2) de l'article 254 est manifeste. Le décès, le divorce et l'annulation du mariage sont des événements qui entraînent l'anéantissement du lien conjugal et qui, de ce fait, rendent inexistant un élément essentiel de l'infraction de bigamie, soit le mariage antérieur.

L'erreur de fait ou l'erreur de droit cumulant en une erreur de fait sont des défenses déjà admises par notre droit. La Commission de réforme du droit en propose la codification dans la partie générale du *Code criminel*. Leur répétition dans le contexte de la définition de l'incrimination de bigamie n'a pas sa place.

Enfin, la présomption de décès liée à l'absence est une question qui est déjà réglée par le droit civil. Les solutions offertes par ces règles et celles du droit pénal sur les défenses d'erreur en justifient l'abandon.

Le principe monogamique est une valeur largement partagée par tous les Canadiens. Ses racines sont profondes et teintent tout notre système juridique. Les atteintes qui

peuvent réellement la compromettre apparaissent ainsi exceptionnelles. Dans cette perspective, la polygamie apparaît à ce point étrangère à nos valeurs et à nos structures juridiques qu'il devient à la fois inutile et excessif de la réprimer pénalement. L'abolition du crime de polygamie n'est pas sa reconnaissance. Nos institutions juridiques, et l'institution du mariage en tout premier lieu, préservent adéquatement le principe monogamique. Aussi, l'abrogation de l'infraction de polygamie s'avère-t-elle une preuve de modération et une marque de confiance dans nos propres institutions. Le droit matrimonial, en n'accordant aucune reconnaissance juridique à la polygamie, rend le phénomène non viable au Canada. Ceci devrait se refléter dans le *Code criminel*.

Les atteintes à la célébration du mariage viennent de l'ancien droit ecclésiastique qui était aux prises avec des problèmes de clandestinité et d'irrégularités dans le mariage. La situation du droit matrimonial a considérablement évolué et, aujourd'hui, le mariage et ses rites sont clairement définis et réglementés. Les incriminations de mariage feint (article 256), de célébration du mariage sans autorisation et de célébration du mariage en contravention de la loi (articles 258 et 259) ne correspondent plus à des comportements criminels. Ces atteintes représentent moins des atteintes à l'institution et à la société que des manquements à la réglementation sur le mariage. À ce titre, les législations provinciales apportent une réponse amplement suffisante aux problèmes que peuvent soulever les comportements visés. De plus, dans l'administration des lois relevant de leur compétence, les provinces peuvent assortir leurs prescriptions légales de sanctions pénales qui seraient plus appropriées que la criminalisation simple des comportements fautifs.

Aussi, l'abrogation de ces dernières dispositions représente-t-elle l'attitude raisonnable et modérée que le public est en droit de s'attendre d'une législation criminelle équilibrée.

III. Propositions législatives

Les propositions qui suivent adoptent une formulation nouvelle afin d'assurer une plus grande précision des textes. Nous indiquons également en alternative une formulation plus littérale inspirée des textes actuels afin de permettre une compréhension complète des modifications proposées.

RECOMMANDATION 1

Nous recommandons que l'article 254 du *Code criminel* actuel soit abrogé et remplacé par la nouvelle disposition qui suit :

254. (1) La bigamie consiste dans le fait pour une personne de passer par une formalité de mariage au Canada alors que l'un des conjoints est déjà engagé par les liens d'un mariage antérieur non dissous.

(2) La bigamie consiste également dans le fait pour un citoyen canadien résidant au Canada, ou un résidant permanent du Canada, de passer par une formalité de mariage à l'extérieur du Canada, alors qu'il est déjà engagé par les liens d'un mariage antérieur non dissous.

(3) La bigamie est un acte criminel qui rend son auteur passible d'un emprisonnement de cinq ans.

Le nouvel article 254 pourrait également être formulé de la façon suivante :

254. (1) Commet la bigamie, quiconque,

***a*) au Canada,**

(i) étant marié, passe par une formalité de mariage avec une autre personne, ou

(ii) sachant qu'une autre personne est mariée, passe par une formalité de mariage avec cette personne;

***b*) étant un citoyen canadien résidant au Canada, ou un résidant permanent du Canada, accomplit hors du Canada une chose mentionnée au sous-alinéa (i) de l'alinéa *a*) du présent article.**

(2) La bigamie est un acte criminel qui rend son auteur passible d'un emprisonnement de cinq ans.

L'infraction de bigamie demeure un acte criminel. Les fondements de l'incrimination justifient cette qualification et le maintien de la prohibition au *Code criminel*. Toutefois, la sentence proposée par la loi devrait faire l'objet d'une réévaluation dans le cadre plus général des politiques de sentencing par la Commission[56].

---

56. Voir les commentaires du Juge Borins dans la cause de *R.* v. *Stanley Walter Friar*, 27 avril 1983, C. comté Ont., 10 W.C.B. n°. 10-0040, p. 20 :

[TRADUCTION]
Cependant, lorsque les deux parties connaissent les faits et se marient, peut-être pour donner plus de respectabilité à leur cohabitation, il me semble que l'infraction revêt une importance relativement moindre et qu'elle ne mérite pas une peine sévère.

Il se peut qu'à l'occasion de la révision du *Code criminel*, qui, si je ne me trompe, devrait avoir

Les paragraphes (2), (3) et (5) de l'article actuel 254 sont abrogés.

Le paragraphe (4) de l'article actuel 254 est intégré à la définition nouvelle de l'expression «mariage antérieur» (ou du mot «marié») qui pourra être énoncée soit à l'article 196, soit dans un nouveau paragraphe de l'article 254.

RECOMMANDATION 2

Nous recommandons que l'expression «mariage antérieur» (ou le mot «marié» si on utilise la formulation alternative de l'article 254) soit définie de la façon suivante :

(1) Aux fins de l'article 254, l'expression «mariage antérieur» s'entend d'un mariage qui peut être reconnu valide au Canada.

(2) Aux fins de l'article 254, un mariage est censé être valide à moins que le prévenu n'en démontre l'invalidité.

RECOMMANDATION 3

Nous recommandons que l'expression «formalité de mariage» de l'actuel article 196 soit modifiée de la façon qui suit :

L'expression «formalité de mariage» s'entend d'une cérémonie publique de mariage qui est reconnue valide par la loi du lieu où le mariage a été célébré.

L'alinéa 196*b*) est abrogé. La nouvelle définition pourrait être intégrée plus adéquatement dans un nouveau paragraphe de l'article 254.

RECOMMANDATION 4

Nous recommandons, en outre, que :

1) le paragraphe 255(1) soit intégré à l'article 254;

2) la disposition du paragraphe 255(2) soit conservée, mais, cependant, elle aurait mieux sa place dans la *Loi sur la preuve au Canada*;

3) les articles 256 (mariage feint), 257 (polygamie), 258 (célébration du mariage sans autorisation) et 259 (célébration du mariage en contravention de la loi) du *Code criminel* soient abrogés.

---

lieu prochainement, l'on tienne compte du commentaire suivant émis dans l'affaire *Smith and Hogan*, aux pages 688-68[9] :

Il se peut que la bigamie ait toujours sa place comme acte criminel dans des cas où de *sérieuses conséquences sociales* sont en jeu. On ne peut cependant justifier l'extension de l'infraction majeure au-delà de ces cas, à des affaires qui ne sont plus considérées comme des infractions vraiment graves.